# Die
# Rechtsstellung des Nasciturus.

---

## Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät der Landesuniversität Rostock

zur

Erwerbung der Doktorwürde

vorgelegt von

**Rudolf Caldemeyer**
aus Lengerich i. W.

---

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549205_0160

# Litteratur.


Adamkiewics: Der Rechtsbegriff der Curatel.

Arndts: Lehrbuch der Pandekten, 11 Auflage.

Arndts: „Inteſtaterbfolge" in Weiskes Rechtslexion, Bd. V.

Bachofen: Das römiſche Pfandrecht, Bd. I.

Barazetti: das Perſonenrecht nach dem Code Napoleon und dem badiſchen Landrechte.

Baron: Pandekten, 8. Auflage.

Bekker: Syſtem des heutigen Pandektenrechts, Bd. I.

Bernhöft: Das Bürgerliche Recht, in der Encyklopädie der Rechtswiſſenſchaft von Birkmeyer.

Binder: Die Rechtsſtellung der Erben nach dem BGB. 1. Teil.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Bd. I u. III, 1. Abt., 2. Auflage.

Boehm: Das Erbrecht des BGB., 2. Auflage.

Büchel: Streitfragen aus Novelle 118.

Coſack: Lehrbuch des deutſchen bürgerlichen Rechts.

Crome: Syſtem des deutſchen bürgerlichen Rechts. Bd. I.

Dernburg: Pandekten, 5. Auflage.

Dernburg: Lehrbuch des preußiſchen Privatrechts, Bd. I 4. Aufl., Bd. III 3. Aufl.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts, Bd. I.

Dernburg: Das bürgerliche Recht, Bd. I 1. Lieferung; Band II.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB.

Endemann: Einführung in das BGB., Bd. I 6. Aufl., Bd. III 3.—5. Aufl.

Enneccerus und Lehmann: Das bürgerliche Recht, 2. Aufl.

Frommhold: Das Erbrecht, Kommentar zum BGB.

Gareis: Kommentar zum BGB., der allgemeine Teil.

Gierke: Deutsches Privatrecht, Bd. I.

Glück: Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, 2. Aufl.

Goetz: Rechtliche Entscheidung der juridischen Fakultät zu Altdorf.

Griesinger: Geschichte und neue Theorie der Suität.

Hachenburg: Vorträge über das BGB.

Hachenburg: Die Einsetzung eines Nacherben, Studien zum Erbrecht des Entwurfs eines BGB

Heimbach: Über Justinians Konstitution de incertis personis ꝛc., in der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß, N. F. Bd. V S. 1—103.

Hellmann: Vorträge über das bürgerliche Recht, Allgemeiner Teil.

Heumann: Über die Erbfähigkeit der postumi, in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. XIX.

Heymann: Die Grundzüge des gesetzlichen Verwandten-Erbrechts nach dem BGB.

Heilfron: Lehrbuch des bürgerl. Rechts.

Hellwig: Die Verträge auf Leistung an Dritte.

Hölder: Pandekten, Allgemeine Lehren.
Hölder: Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil.
Hölder: Zum allgemeinen Teile des Entwurfes eines BGB., im Archiv für die ziviliſtiſche Praxis, Bd. 73.
v. Holzſchuher: Theorie und Caſuiſtik des gemeinen Zivilrechts, Bd. II, 1. Abt.
Jhering: Paſſive Wirkungen der Rechte, in Jahrb. f. Dogmatik, Bd. X.
Kniep: Der Beſitz des BGB.
Koeppen: Die Erbſchaft.
Koeppen: Syſtem des heutigen römiſchen Erbrechts.
Koeppen: Lehrbuch des heutigen römiſchen Erbrechts.
Krieg: Delation der Erbſchaft im Falle einer Totgeburt. Jnaug-Abhandl. München 1876.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum BGB.
Leonhard: Der allgemeine Teil des BGB.
Leske: Vergleichende Darſtellung des BGB. und des Preuß. Allg. Landrechts.
Löbenſtern: Erörterungen einiger Rechtsfragen aus dem Gebiete des Erbrechts, in der Zeitſchrift für Zivilrecht und Prozeß, Bd. IX S. 215 fg.
Matthias: Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 3. Auflage.
Mayer: Die Lehre von dem Erbrecht nach dem heutigen römiſchen Rechte, 1. Teil.
Meiſcheider: Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB.
Meyer: Das Erbrecht des BGB.
Motive zu dem Entwurfe eines BGB., Amtliche Ausg., Bd. I, IV, V.
Mühlenbruch: Fortſetzung der Pandekten von Glück, Bd. XXXVI, XXXIX.
Neumann: Handausgabe des BGB.

Ollmann: Über die Erbfähigkeit einer beim Tode des Erblassers noch nicht konzipirten Person, Inaug.-Diss., Greifswald 1896.

Paulsen: Ueber die Erbfähigkeit der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangenen Nachkommen, Inaug-Diss. Bern 1896.

Pernice: „Markus Antistius Labeo", das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, Band I.

Planck: Kommentar zum BGB.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB., herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn.

Puchta: Pandekten, 12. Aufl. besorgt von Schirmer.

Regelsberger: Pandekten, Bd. I.

Rehbein: Das BGB. mit Erläuterungen, Bd. I, Allgemeiner Teil.

v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts.

Scherer: Erbrecht des BGB.

Scherer: Ueber die Fähigkeit eines zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht konzipirten Posthumus zum Erben eingesetzt zu werden; in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. XXIII, N. F. Bd. XI, S. 435—437.

Schirmer: Handbuch des römischen Erbrechts, 1. Teil,

Schultze: Treuhänder im geltenden bürgerl. Recht, in Jahrb. f. Dogmatik, 2. Folge, Bd. VIII.

Schweppe: Das röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, Bd. V.

Seuffert: Praktisches Pandektenrecht, Bd. III., 4. Aufl.

Seuffert: Archiv für Entscheidungen ꝛc. (cit. SA.)

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht, Bd. I 2. Aufl., Bd. III 3. Aufl.

Staudinger: Kommentar zum BGB., Allgemeiner Teil, erläutert von Loewenfeld, Erbrecht von Herzfelder.

Steinlechner: Das schwebende Erbrecht und die Unmittelbarkeit der Erbfolge, 1. Teil.

Strohal: Das deutsche Erbrecht nach dem BGB., 2. Aufl.

Strohal: Zu den Bestimmungen des Entwurfs eines BGB. über die Einsetzung von Nacherben, in Iherings Jahrb. Bd. XXX S. 163–188.

Thibaut: Zivilistische Abhandlungen.

Throner: Erbeinsetzung einer persona incerta nach gem. Rechte und dem Entwurf des REGB., in der deutschen Notariats-Zeitung, 19. Jahrgang 1880 S. 145—161.

Ulpiani Fragmenta, iterum edidit Eduardus Boeking.

v. Vangerow: Lehrbuch der Pandekten, 7. Aufl.

v. Waechter: Pandekten.

Weyl: Vorträge über das BGB.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. bearbeitet von Kipp.

Wilke, Reatz, Koffka, Neumann: Das bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar in Anmerkungen Bd. V, das Erbrecht.

W. H.: Der Nasciturus und Nondum conceptus im Entwurf eines BGB., in der deutschen Notariats-Zeitung 18. Jahrg. 1898, S. 32—38.

Zitelmann: Das Recht des BGB., Allgemeiner Teil.

# Inhalt.


A. Einleitung. § 1

B. I. Teil: Der Rechtserwerb des nasciturus.

1. Der Rechtserwerb im Gebiete des Erbrechts: § 2
   a. im Wege der gesetzlichen, § 3
   b. im Wege der gewillkürten Erfolge, § 4
2. der Rechtserwerb im Obligatonenrecht, § 5
3. der Rechtserwerb im Familienrecht. § 6

C. II. Teil: Die gesetzlichen Schutzvorschriften:

1. des Erbrechts, § 7
2. des Obligationenrechts, § 8
3. des Familienrechts. § 9

D. Schluß. § 10

# Einleitung.

## § 1.

§ 1 des BGB. lautet: „Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt." Damit wird der mit dem bisherigen Recht übereinstimmende Grundsatz ausgesprochen, daß die Geburt und nicht die Erzeugung den Beginn der Rechtsfähigkeit des Menschen bezeichnet. Per argumentum e contrario ergiebt sich aus dieser Bestimmung, daß nascituri noch rechtsunfähig sind, sodaß eine rechtliche Berücksichtigung des im Werden begriffenen Menschen vollkommen ausgeschlossen erscheint. Das wäre jedoch hart und unnatürlich, denn auch das im Mutterleibe befindliche Wesen hat schon ein gewisses Leben und wenn dasselbe auch vorläufig nur ein abhängiges, mit dem der Mutter eng verbundenes ist, so ist doch die Möglichkeit vorhanden, daß in absehbarer Zeit ein selbständiges Wesen, eine Person zur Welt kommen wird. Deshalb kommt auch schon der Leibesfrucht eine gewisse Beachtung zu, und zwar wird unser Rechtsgefühl dies insbesondere dann verlangen, wenn dem Ungeborenen durch den bloßen Zufall der späteren Geburt Rechte entzogen würden, die dem Geborenen sicher zugefallen wären. So würden wir es z. B. als große

Ungerechtigkeit empfinden, wenn das nach dem Tode des Vaters geborene Kind von der Erbfolge ausgeschlossen wäre; zumal dann, wenn der Erblasser keine anderen Abkömmlinge hinterlassen hätte und die Erbschaft entfernten Verwandten oder dem Fiskus zufallen würde, während das eigene Kind leer ausginge. Es ist eine Forderung der Gerechtigkeit, daß dieses Kind den Vater ebenso beerbt, als wenn es zu dessen Lebzeiten die Rechtsfähigkeit erlangt hätte.

Die Rechtsordnung wendet deshalb ihre Fürsorge auch dem keimenden Leben zu, und zwar ist diese Fürsorge uralt. Schon das römische Recht enthält eine Reihe von Vorschriften, welche den Embryo in mehrfachen Beziehungen beachten und oft so behandeln, als wäre schon ein selbständiges Rechtssubjekt vorhanden. Im gemeinen Recht hat diese Berücksichtigung des Menschen vor seiner Geburt zu der Parömi geführt: Nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ejus agitur. Ob dieser Satz richtig war, wird sich später zeigen. Das BGB. hat ihnen als allgemeinen Grundsatz abgelehnt. In den Motiven zu dem Entwurfe dieses Gesetzes heißt es: „Die letzerwähnte Parömie unterliegt in ihrer Allgemeinheit berechtigten Anfechtungen, und der Versuch, sie zutreffend zu beschränken, ist bisher mißlungen. Es besteht auch kein Bedürfnis, einen solchen Versuch von Neuem zu machen. Soweit privatrechtliche Interessen desjenigen, der empfangen, aber noch nicht geboren ist, zu wahren sind, geschieht dies am geeignetsten durch besondere Bestimmungen".[1] Letzteres ist denn auch im Gesetze

1) Bd. I S. 29.

selbst zur Thatsache geworden, sodaß wir, um die rechtliche Stellung des nasciturus zu charakterisiren, die einzelnen Fälle ins Auge fassen müssen, in welchen das Gesetz dem im Mutterleibe Befindlichen eine rechtliche Berücksichtigung zu teil werden läßt. In der Hauptsache handelt es sich um die Fürsorge auf dem Gebiete des Erbrechts. Doch auch das Obligationen- und Familienrecht enthalten wichtige, im privatrechtlichen Interesse des nasciturus gegebene Vorschriften.

# I. Teil.

## Der Rechtserwerb des nasciturus.

### § 2.

### Der Rechtserwerb im Gebiete des Erbrechts.

Als Erbe kann nur in Betracht kommen, wer erbfähig ist. Erbfähigkeit aber setzt Rechtsfähigkeit voraus. Da nun die Rechtsfähigkeit des Menschen erst mit seiner Geburt beginnt, so ist der nasciturus, weil nicht rechtsfähig, auch nicht erbfähig. Das drückt auch der § 1923 aus in den Worten: „Erbe kann nur werden, wer zur Zeit des Erbfalles lebt". Mit Rücksicht aber auf die Billigkeit, welche verlangt, daß auch die Leibesfrucht bei der Erbfolge Berücksichtigung findet, hat das BGB. in dem zweiten Absatz des angeführten Paragraphen den zur Zeit des Erbfalls erst erzeugten Menschen dem bereits lebenden hinsichtlich der Erbfähigkeit und Erbberechtigung gleichgestellt, indem es bestimmt: „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfalle geboren". Die Stellung des § 1923 an der Spitze des Erbrechts bringt es mit sich, daß derselbe als grundsätzliche Vorschrift für das Erbrecht überhaupt anzusehen ist, sodaß er für alle folgenden Paragraphen Geltung hat, sofern dieselben nicht Ausnahmen enthalten. Der nasciturus ist demnach fähig

auf jede Art zur Erbfolge berufen zu werden. Er kann sowohl durch Verfügung von Todeswegen, als auch auf dem Wege der gesetzlichen Erbfolge Erbe werden. Unter dem Ausdruck „Verfügungen von Todeswegen" faßt das Gesetz die zwei Arten der gewillkürten Erbfolge, die Erbfolge auf Grund eines Testamentes und eines Erbvertrages zusammen. Da aber der Erbvertrag hinsichtlich seiner Rechtswirkungen in Beziehung auf unseren Fall dem Testamente analog ist,[1] können wir diesen Berufungsgrund hier fortfallen lassen und unsere Betrachtung auf die gesetzliche und testamentarische Erbfähigkeit des nasciturus beschränken. Die Möglichkeit der Berufung eines nasciturus zur Erbfolge ist für beide Arten, wie schon bemerkt, durch den zweiten Absatz des § 1923 gegeben. Es fragt sich nun aber, in welchem Verhältnisse diese Bestimmung zu dem § 1 steht, der die Rechtsfähigkeit des nasciturus ausschließt. Im römischen Recht haben wir dasselbe Verhältnis. Mehrere Quellenstellen sagen ganz bestimmt, daß das Kind im Mutterleibe noch keine Person und noch nicht rechtsfähig ist, während aus anderen Stellen hervorgeht, daß auch schon im römischen Recht die Erbfähigkeit des nasciturus Anerkennung gefunden hatte.

Zum Beweise der ersten Behauptung seien erwähnt die l. 9 § 1 D. 35,2, in welcher der Satz vorkommt: „partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur" und die l. 1 § 1 D. 25,4, wo die Leibesfrucht nur als Bestandteil des mütterlichen Organismus angesehen wird: „partus enim antequam edatur, mulieris portio est,

1) Windscheid, Bd. III § 529 Anm. 3: „Testament und Erbvertrag sind nicht zwei verschiedene Berufungsgründe, sondern zwei Erscheinungsformen eines und desselben Berufungsgrundes.

vel viscerum". Beeinflußt war diese Auffassung durch die Philosophie der Stoiker, welche das Dogma aufstellten, daß das Kind erst mit dem Austreten aus dem Mutterleibe eine Seele empfange.[1]

Die volle Anerkennung der Erbfähigkeit des Embryo im römischen Recht ist erst nach einer langen Entwickelungsperiode erfolgt. Insbesondere blieb die Möglichkeit, nascituri im Testament zu Erben einzusetzen, bis auf Justinian sehr beschränkt; während die gesetzliche Erbfähigkeit, das Intestaterbrecht des nasciturus, früher zur Anerkennung gelangt war.

## § 3.

### Der Rechtserwerb im Wege der gesetzlichen Erbfolge.

Ob schon das Gesetz der XII Tafeln ein Intestaterbrecht des nasciturus gekannt hat, ist zweifelhaft. Jedenfalls läßt sich dies bei der bruchstücksweisen Überlieferung jenes Gesetzes nicht mit Sicherheit feststellen. Das Gegenteil ist wahrscheinlicher, nämlich daß das Zwölftafelgesetz in seiner ursprünglichen Strenge dem noch ungeborenen Menschen die Rechtsfähigkeit und damit auch die Erbfähigkeit versagt habe. Nach einer Äußerung Ulpians könnte man freilich glauben, daß die XII Tafeln den Embryo den bereits existierenden Wesen beigezählt haben Es heißt nämlich in der l. 3 § 9 D. 38,16: Utique et ex lege duodecim tabularum ad legitimam hereditatem is qui in utero fuit admittitur, si fuerit editus. Inde solet remorari insequentes sibi agnatos, quibus praefertur, si fuerit

1) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39, S, 363.

editus. Indessen sagt derselbe Jurist an einer anderen Stelle: Verbum „ex legibus“ sic accipendum est: tam ex legum sententia, quam ex verbis.[1] Danach ist das ex lege von einer Interpretation nach dem Sinne, nicht nach dem Wortlaut des Gesetzes zu verstehen. Das deutet darauf hin, daß die Erbfähigkeit des Embryo erst durch eine erweiternde Interpretation der XII Tafeln eingeführt wurde.

Die XII Tafeln haben die Erbfolgeordnung durch den Satz: „Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit gentiles familiam habento“ festgestellt und die Erbfolge damit auf Agnation gegründet. Nach diesem, auf der Gemeinschaft des Hauses, genauer der patria potestas, beruhenden Verwandschaftssystem waren an erster Stelle zu Erben berufen die sui, d. h. die unmittelbar gewaltunterworfenen agnatischen Descendenten des Erblassers. Zu diesen gehörte der postumus in utero ursprünglich nicht, denn sui heredes sind diejenigen, welche in unmittelbarer Gewalt des Vaters gestanden haben, qui in potestate morientis fueruut.[2] Streng genommen fallen also die nach dem Tode des Erblassers geborenen Deseendenten nicht unter jenen Begriff, da sie ja niemals in der Gewalt des Verstorbenen gestanden haben. Das Zwölftafelgesetz hat sicherlich diesen Begriff der sui heredes festgehalten. Wenn nun später auch die nach dem Tode des Erblassers geborenen Descendenten, die in dessen potestas gestanden hätten, wenn er bei ihrer Geburt noch gelebt hätte, zu den suis

1) l. 6 § 1 D. 50,16; vergl. auch pr. J. 1,17
2) Gai J. II § 156; III § 2.

heredibus gezählt werden, so ist dies offenbar eine durch Interpretation entstandene Erweiterung des Begriffs der sui heredes. So ist denn auch der Ausspruch des Gaius: „Postumi quoque, qui, si vivo parcente nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui heredes sunt,[1] als eine Interpretation der XII Tafeln aufzufassen.

Für die Annahme, daß das Zwölftafelgesetz den nasciturus noch nicht berücksichtigt hat, spricht ferner die l. 6 D. 58,16 wo Julian erklärt: „Lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit". Danach ist also nur ein bereits existierender Mensch erbfähig. Nun folgt aber in l. 7 gleich ein wichtiger Nachsatz des Juristen Celsus, nämlich: „vel si vivo eo conceptus, est quia conceptus quodam modo in rerum natura esse existimatur". Hieraus geht hervor, daß man die gesetzliche Vorschrift auch auf postumi ausgedehnt hat, die beim Tode des Erblassers koncipiert waren, indem diese als in rerum natura angesehen wurden. Daß wir hier eine durch Interpretation entstandene Erweiterung der XII Tafeln vor uns haben, beweist die Fassung jenes Satzes des Juristen Celsus.

Auch geht die überwiegende Meinung der Juristen wie Mühlenbruch,[2] Heumann,[3] Schirmer,[4] Büchel[5] u. a. dahin, daß sich über das Erbrecht des nasciturus im Gesetz der XII Tafeln eine unmittelbare Bestimmung

1) J. III § 4; § 25, a. E. J. 3,1.
2) a. a. O. Bd. 36 S. 173 fg., Bd. 39 S. 365 fg.
3) a. a. O. S. 301.
4) § 4 Anm, 3.
5) S. 2.

schwerlich finden lasse, während Pernice[1] annimmt, daß das genannte Gesetz dem nasciturus eine Existenz in irgend einer Form zugeschrieben habe. Genug, es ist in hohem Maße wahrscheinlich, daß die XII Tafeln nur auf einen bereits existierenden Menschen Rücksicht genommen haben, daß aber durch die Interpretation seitens der das Recht fortbildenden Juristen und deren auctoritas das Gesetz mit seinen diesbezüglichen Bestimmungen auch auf den Embryo, auf den erst werdenden Menschen ausgedehnt wurde, um dadurch einem dringenden Bedürfnisse abzuhelfen. Wenn demnach an manchen Stellen unserer Rechtsquellen das Gesetz der XII Tafeln als Quelle des civilen Intestaterbrechts der postumi sui bezeichnet wird, so ist dies immer so zu verstehen, daß dasselbe aus dieser Quelle mittelbar, auf dem Wege der Interpretation hergeleitet worden ist.

Infolge der Einführung des prätorischen Erbrechts konnten neben den postumis suis auch alieni postumi, d. h. solche postumi, die, auch wenn der Erblasser bei ihrer Geburt gelebt hätte, nicht in dessen patria potestas gestanden hätten, in der Klasse unde liberi und ferner in der Klasse unde cognati auch alle Blutsverwandten des Erblassers bis zum sechsten Grade, an der Erbfolge teilnehmen. Daneben war allmählich auch das Intestaterbrecht der nachgeborenen Seitenverwandten durch die Doktrin der Juristen zur Anerkennung gelangt, für welches allerdings ein Bedürfnis nicht so dringend hervorgetreten war, wie für nachgeborene Deszendenten, da sie nicht in so inniger Beziehung zum Erblasser stehen, wie diese. Nach der Einführung des prätorischen Erbrechts konnten also alle,

1) S. 202.

innerhalb des bestimmten Verwandtschaftskreises fallenden, noch ungeborenen Kognaten an der Erbfolge Teil haben. So heißt es in l. 7 pr. D. 37,9 ganz allgemein: Ubicunque ab intestato admittitr quis, illic et venter admittitur.

Endlich haben nach der Novelle 118, deren Basis die natürliche Verwandtschaft ist und welche die Grenze des 6. bezw. 7. Grades, über die hinaus es nach dem prätorischen Erbfolgesystem kein Erbrecht der Verwandtschaft mehr geben sollte, aufgehoben hat, alle nachgeborenen Verwandten des Erblassers ein civiles Intestaterbrecht.

Im Widerspruch aber mit der gesetzlichen Erbfähigkeit des nasciturus steht, wie schon erwähnt, die Thatsache, daß der erst Erzeugte noch nicht rechtsfähig ist.

Die Lösung dieses Widerspruchs ist schon im Vorhergehenden gestreift worden. Sie ist enthalten in den Worten des Celsus: „Quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.“ Die römischen Juristen erklärten, um das Erbrecht des nasciturus mit dem Zwölftafelgesetz, das, wie wir oben gesehen haben, nur den zur Erbschaft berief, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit, in Einklang zu bringen, auch das im Mutterleibe befindliche Kind für quodammodo in rerum natura. Mit anderen Worten: sie gründeten das Erbrecht des nasciturus auf die Fiktion seiner Existenz. Im gemeinen Recht pflegte man diese Fiktion, in Anlehnung an Aussprüche der Juristen, wie „qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur“, [1] „qui in utero sunt, in

1) l. 7 D. 1,5.

toto paene jure civili intelliguntur in rerum natura esse“ [1] und „qui in utero est . . . pro jam nato habetur“ [2] durch den Satz auszudrücken: Nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de ejus commodis agitur.

Dieser Satz hat aber keineswegs die Bedeutung, das der nasciturus nun in allen Fällen, in welchen es sich um einen für ihn vorteilhaften Rechtserwerb handelt, als bereits geboren anzusehen ist, wie die soeben citirten Quellenstellen auszudrücken scheinen. Denn wenn die Leibesfrucht abstirbt oder das Kind tot zur Welt kommt, ist juristisch ein nasciturus überhaupt nicht vorhanden gewesen. So heißt es auch in l. 129 D. 50,16: Qui mortui nascuntur, neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt. Die Fiktion gilt also immer nur für den Fall und unter der Voraussetzung, daß der im Mutterleibe befindliche Embryo lebend zur Welt kommt. Das geht auch aus meheren Quellenstellen klar hervor. So aus l. 3 D. 5,4: . . . . id quod in utero est, non admittuntur, dum incertum est, an nasci posset. Ferner aus l. 1. § 8 D. 38,8: Si quis proximior cognatus nasci speretur, in ea condicione est, ut tibi debeat obstare cum sequentibus: sed ubi natus non est, admittemus eum, qui post ventrem proximus videbatur. . . . . Auch der Ausspruch des Paulus: „qui in utero est perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii antequam nascatur nequaquam prosit“ enthält selbst die Beschränkung,

1) l. 26 eod.
2) l. 30 § 1 D. 29,2.

daß die Fiktion nur unter der Voraussetzung der lebenden Geburt des Embryo anwendbar ist, und zwar in dem letzten Satz, aus welchem hervorgeht, daß dritte Personen aus der Fiktion keine Rechte ableiten können, wenn der Embryo nicht lebend zur Welt kommt. Dasselbe besagt l. 231, D. 50,16: Quod dicimus eum, qui nasci speratur, pro superstite esse, tunc verum est, cum de ipsius iure quaeritur: aliis auten non prodest, nisi natus.

Grundsätzlich ist also dem Embryo keine Rechtsfähigkeit und daher auch keine Erbfähigkeit beigelegt, sondern immer nur dann, wenn er später wirklich geboren wird, soll es so gehalten werden, als wäre schon der Embryo rechtsfähig gewesen. Der Ungeborene erwirbt keine Rechte, sondern die Rechte werden ihm vorbehalten in der Voraussetzung, daß er dereinst durch seine Geburt die Rechtsfähigkeit erlangt. Wird er nicht als rechtsfähiger Mensch geboren, so verliert er nicht etwa das bereits Erworbene wieder, sondern er hat es dann überhaupt nicht verloren. Diese Auffassung liegt auch der l. 3 D. 5,4 zu Grunde, wo es heißt: „Antiqui libero ventri ita prospexerunt, ut in tempus nascendi omnia ei jura integra reservarent."

Der Satz nasciturus pro jam nato habetur giebt also die Auffassung des römischen Rechts unzutreffend wieder, er ist seinem Wortlaut nach unrichtig[1] und muß daher zu falschen Folgerungen führen.[2] In Wirklichkeit

1) Endemann, Bd. I S. 96 A. 11: „Die Fiktion ist falsch formuliert."

2) Vergl. Regelsberger, Bd. I § 58 zu A. 9.

läßt, wie auch in den Motiven[1] hervorgehoben wird, das römische Recht den Anfall von Rechten an den nasciturus in der Schwebe und behandelt, wenn später ein rechtsfähiges Wesen zur Welt kommt, die Sache so, als wäre der Anfall einem Rechtsfähigen gegenüber erfolgt.[2]

Dieser Auffassung hat sich auch das BGB. angeschlossen.

Durch die Fassung des § 1923 Abs. 2 „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren" hat das Gesetz den Satz nasciturus pro jam nato habetur für das Erbrecht anerkannt. Aber wie im gemeinen Recht, so gilt auch hier dieser Grundsatz nur für den Fall der lebenden Geburt des Embryo. Aus den Worten „noch nicht lebte" folgt notwendig, daß der nasciturus einmal gelebt haben, also lebend zur Welt gekommen sein muß.[3] Die Fassung des Absatzes giebt allerdings zu Bedenken Anlaß, denn sie scheint auszudrücken, daß die Leibesfrucht in allen erbrechtlichen Beziehungen schon als Rechtssubjekt anzusehen sei. Jedoch dürfen wir, ebenso wie im römischen Recht, nur den wirklich gewollten Inhalt der Regel und nicht ihre Ausdrucksform als das Entscheidende ansehen. Gewiß darf aus der Bestimmung, daß dem zur Todeszeit des Erblassers vorhandenen

1) Bd. I S. 29.

2) Diese Auffassung vertreten u. a. Koeppen, Erbschaft S. 46; Savigny Bd. VIII S. 12; Windscheid Bd. I § 52; Brinz Bd. I § 50: „Dem Ungeborenen sind Rechte vorbehalten, nicht gegeben, vorbehalten aber nicht als dem Ungeborenen, sondern als dem, der zur Welt kommt."

3) Vergl. Heymann S. 59 Anm. 2; Frommhold zu § 1923 sub 2.

Embryo eine Erbschaft schon mit dem Erbfalle anfalle, nicht geschlossen werden, daß demselben, auch wenn er nicht geboren werde, die Erbschaft erworben sei. Auch wird ihm nicht, wenn er geboren wird, ein anderer Geburtstag als der wirkliche fingiert, wie der Wortlaut besagt, und der dazu benutzt werden könnte, etwaige, dem erwarteten Kinde gemachte Zuwendungen, z. B. eine Rente, auch für die Zeit des Fötalzustandes zu berechnen. Ferner können sich auch nicht dritte Personen auf die Fiktion berufen und Rechte daraus ableiten, als ob der Embryo als solcher, ohne daß er zur Welt käme, Rechte definitiv erworben hätte. Wird die Leibesfrucht nicht geboren, so ist nie ein Rechtssubjekt vorhanden gewesen; es findet successiver Erbanfall an denjenigen statt, der berufen wäre, wenn gar keine Schwangerschaft bestanden hätte und zwar an denjenigen, der zur Zeit des Erbfalles dazu berufen gewesen wäre.[1] [2] Wird aber die Leibesfrucht geboren, so gilt der Anfall der Erbschaft als schon mit dem Erbfalle erfolgt und es ist von Anfang an ein Rechtssubjekt vorhanden gewesen. Wenn also in § 1923 Abs. 2 gesagt wird, daß derjenige, welcher zur Zeit des Erbfalls empfangen war, in Ansehung des Anfalls der Erbschaft als schon vor dem Tode des Erblassers geboren zu gelten habe, so kann dies nur den Sinn haben, daß der Anfall, der

1) Nach Analogie des § 1953; der Ausschlagung seitens des Berufenen entspricht der nachträgliche Wegfall des nasciturus; vergl. auch Heymann S. 59.

2) Damit weicht das BGB. vom römischen Recht ab, nach welchem beim Wegfall des nasciturus derjenige zur Erbfolge berufen war, der im Momente des Wegfalls nächstberechtigter Erbe war, l. 30 § 1 D. 29,2. Vergl. Krieg § 14.

erst mit der Geburt eintritt, in seinen Rechtswirkungen auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückbezogen wird. Das Recht des nasciturus zur Erbfolge ist demnach ein zukünftiges, ein in der Schwebe befindliches, über dessen endgültigen Erwerb erst seine lebende Geburt entscheidet. Dem entspricht auch der § 1912, in welchem von „künftigen" Rechten der Leibesfrucht die Rede ist. Es wird also dem nasciturus kein Erbrecht beigelegt, sondern es wird ihm vorbehalten auf die Zeit seiner Geburt, damit dem Geborenen seine erbrechtliche Stellung nicht dadurch verkümmert werde, daß er zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht Mensch, sondern ein erst werdender Mensch war.

Daß diese Auffassung des zweiten Absatzes des § 1923, trotz der Fassung des Gesetzes, die richtige und materiell begründete ist, ist die Ansicht der meisten Schriftsteller.[1]

Schwierigkeiten aber bereitet hier der nasciturus der juristischen Konstruktion. Es fragt sich, wer das Subjekt, der Träger des Erbrechts des nasciturus ist, da dieser es selbst nach den vorhergegangenen Ausführungen nicht sein kann.

Rudorff,[2] der mit der Geburt nur den Menschen, die Person aber schon mit der Erzeugung beginnen

1) Vergl. Endemann Bd. I S. 96, Bd. III S. 25; Dernburg Bürgerl. R. I § 49; Hachenburg, Vortr. 32 fg.; Enneccerus a. a. O. Bd. I § 11; Matthiaß, Bd. II S. 458, 459; Cosack, Bd. I § 17; Eck S. 37, 38; Crome § 39; Leonhard § 29. Hölder § 71; Meyer S. 60; Planck zu § 1923 sub 2; Frommhold zu § 1923 sub 2; Leske S. 28 A. 7 Adamkiewics S. 200, 204, 205, S. 57 u 59; Löwenfeld a. a. O. zu § I sub II; Herzfelder a. a. O. zu § 1923 sub 2; Boehm § 26 I; Binder S. 208 A. 24.

2) Zu Puchta, Pand. § 114 b.

lassen will, möchte den nasciturus als juristische Person aufgefaßt wissen. Dieser Auffassung läßt sich jedoch nicht beistimmen und sie hat, soviel bekannt, auch in der Litteratur keinen Beifall gefunden. Der Embryo kann nicht für eine juristische Person erklärt werden, da er nicht unter allen Umständen zur Erbfolge berufen ist, sondern nur dann, wenn er lebend zur Welt kommt. Die Auffassung Rudorff's würde, wie Windscheid sagt,[1] „zur Folge haben, daß der Ungeborene erwürbe und wenn er hinterher nicht als rechtsfähiger Mensch geboren würde, das Erworbene wieder verlöre."

Andere sind der Meinung, daß beim Vorhandensein einer erbberechtigten Leibesfrucht, welche die Entscheidung über die Erbfolge bis zum Ausgange der Schwangerschaft aufschiebe, eine hereditas jacens vorliege. So nimmt Bernhöft[2] in solchem Falle ausnahmsweise eine ruhende Erbschaft an, die außerdem nur noch dann vorkomme, wenn ein Erbe durch Testament oder Erbvertrag unter einer Bedingung berufen sei. Gegen letztere Behauptung spricht jedoch die Vorschrift des § 2105, welche bestimmt, daß bis zum Eintritt der Bedingung, wenn der Erblasser selbst nicht angeordnet hat, wer bis dahin Erbe sein soll, die gesetzlichen Erben des Verstorbenen als Vorerben eintreten sollen. In diesem Falle ist also kein Raum für eine ruhende Erbschaft.

Außer Bernhöft treten noch Hellwig[3] und Kniep[4] für das Vorhandensein einer ruhenden Erbschaft im Falle der Erbberechtigung eines nasciturus ein.

1) Bd. I § 52 A. 5.
2) a. a. O. § 252.
3) S. 244 A. 473.
4) S. 183.

Allerdings ist eine Sachlage vorhanden, welche die Voraussetzung einer hereditis jaceus bildet. Bis zum Ausgange der Schwangerschaft ist es in der Schwebe, ob der nasciturus oder ein anderer Erbe wird. Während dieser Zeit hat also die Erbschaft streng genommen keinen Herrn. Trotzdem kann man auch in diesem Falle eine ruhende Erbschaft im römischen Sinne nicht annehmen. Eine solche Annahme widerstrebt einmal dem erbrechtlichen Grundprinzip des BGB, das auf die Beseitigung der ruhenden Erbschaft gerichtet ist, und zum anderen dem Begriff der hereditas jacens selbst. Denn dieser beruht, wie Binder[1] hervorhebt, nicht „auf der eigentümlichen Rechtsstellung des nasciturus, sondern auf der römisch-rechtlichen Trennung der Delation und Acquisation der Erbschaft". Von einer solchen Trennung ist aber heutzutage keine Rede mehr.

Hier kann und soll die in § 1923 Abs. 2 vorgeschriebene Fiktion über den Zustand der ruhenden Erbschaft hinweghelfen. Infolge dieser Fiktion entscheidet der Ausgang der Schwangerschaft nicht nur darüber, wem die Erbschaft von jetzt an gehört, sondern auch darüber, wem sie bis jetzt gehört hat. Kommt der nasciturus lebend zur Welt, so hat ihm die Erbschaft vom Erbfalle an gehört. Tritt andererseits Totgeburt oder anderweitiger Wegfall des nasciturus ein, so hat die Erbschaft, nach Analogie des § 1953 Abs. 2, vom Erbfalle an demjenigen gehört, den der nasciturus infolge der Fiktion des § 1923 Abs. 2, vom Erbesein ausgeschlossen hat. „Ebenso, wie aber die Fiktion des § 1923 Abs. 2 dazu dienen muß, die Ausschließung der

1) S. 189.

Nächstberufenen durch den nasciturus zu begründen, muß sie auch geeignet sein, die Berufung des nasciturus selbst und seinen Erbschaftserwerb zu begründen. Mit anderen Worten: Der Dogmatiker kann die Fiktion des § 1923 Abs. 2 nicht hinwegfingieren."[1]

Es ist also ein fingiertes Subjekt der Träger des dem nasciturus vorbehaltenen Erbrechts. Weiter käme man bei der Annahme einer ruhenden Erbschaft — wollte man eine solche, trotz der dagegen vorgebrachten Gründe, aufrecht erhalten — auch nicht. Denn auch zur juristischen Konstruktion der ruhenden Erbschaft müßte man, da dieselbe keine juristische Person ist,[2] wiederum zu dem Mittel der Fiktion seine Zuflucht nehmen, wie es schon im gemeinen und römischen Recht geschah, indem der Erblasser als noch fortexistierend gedacht wurde, solange seine Erbschaft nicht angetreten war.[3]

Aus den angeführten Gründen ist denn auch von der großen Mehrzahl der Juristen die Möglichkeit einer ruhenden Erbschaft, auch wenn der zum Erben Berufene ein nasciturus ist, für das geltende Recht verworfen worden. Diese Thatsache tritt uns namentlich auch da entgegen, wo überall die infolge der Fiktion des § 1923 Abs. 2 eintretende Rückziehung des mit der Geburt des nasciturus erfolgenden Erbschaftserwerbes auf den Zeitpunkt des Erbfalles betont wird.[4]

---

1) Binder S. 190.

2) Vergl. Dernb. Pand. I § 62.

3) Vergl. l. 34 D. 41,1.

4) Vergl. Strohal S. 4,5: Zu einem tempus vacuum, während dessen die Erbschaft keinen (wirklichen oder doch wenigstens fingierten) Herrn hat, kann es gar nicht kommen". Zitelmann S. 43: „Der Erwerb gewisser Rechte seitens des nachgeborenen Menschen

Um also ein Subjekt für die dem nasciturus bis zu seiner Geburt vorbehaltene Erbschaft zu konstruieren, müssen wir die alte römische Formel und ihre in § 1923 Abs. 2 erfolgte Übersetzung zur Anwendung bringen. Anderenfalls bleibt nichts anderes übrig, als die Möglichkeit subjektloser Rechte anzuerkennen; denn auch die übrigen Versuche einer anderen Lösung der juristischen Konstruktionsfrage in unserem Falle sind als mißlungen anzusehen.

So ist uns auch nicht mit der von verschiedenen Seiten angenommenen, „bedingten Rechtsfähigkeit" des nasciturus geholfen.[1] Eine Rechtsfähigkeit, die durch ein zukünftiges Ereignis, hier „durch die nachfolgende Geburt zum Leben", wie Kuhlenbeck sich ausdrückt bedingt ist, ist noch keine gegenwärtige.[2]

Eck[3] ist der Meinung, daß das Erbrecht des nasciturus, als eins von den in § 1912 als „künftig" bezeichneten Rechten, nicht als schon vor der Geburt „vorhanden" „subjektlos" aufgefaßt werden könne. Aber es ist doch schon vorhanden, denn sonst könnte nicht zu seiner Wahrung ein Pfleger bestellt werden, wie dies der § 1912 vorschreibt. Künftig ist nur das Subjekt, das Objekt, das Vermögen, das geerbt wird, ist da. Die passive Seite des Rechts ist gegeben ohne die aktive,

---

wirkt ex tunc, d. h. so als ob er schon zu einer Zeit, da er noch Embryo war, Mensch gewesen wäre." Ferner Frommhold S. 4; Wilke S. 3 sub 4; Matthiaß Bd. II S. 440, und die auf S. 23 Anm 1 Cit.

1) Vergl. Heymann S. 57, 60; Kuhlenbeck Bd. I S. 77, 78; Barazetti S. 30.

2) Vergl. Leonhard S 21 A. 3: „Das nur gesetzlich Bedingte ist noch nicht vorhanden."

3) § 10.

wie Hachenburg sagt, der sich deshalb auch für das Vorhandensein subjektloser Rechte ausgesprochen hat.

Jhering erklärt, daß zwar ohne Subjekt ein Recht nicht bestehen könne, wohl aber, daß das, was er die passive Seite des Rechts nennt, nämlich „ein Zustand rechtlicher Gebundenheit, in den die Sache oder Person durch das Recht versetzt werde, auch ohne gegenwärtiges berechtigtes Subjekt fortdauern oder eintreten könne. Selbst die Zulassung der Realisierung des Rechts — als unzweifelhaft der aktiven Seite des Rechts angehörend — zu einer Zeit, wo das Subjekt noch fehlt, dokumentiere, nur scheinbar die Möglichkeit des Bestehens des Rechts ohne Subjekt. In Wirklichkeit sei auch hier die Beziehung des Rechts zu einem Subjekt vorhanden, nur daß dasselbe kein gegenwärtiges, sondern ein zukünftiges sei.[1] Wie Jhering so auch Dernburg:[2] „Man kann in Fällen, in welchem Rechte für einen Embryo vorbehalten werden, mit einem gewissen Anschein sagen, die Rechte sind subjektlos, weil sie sich nicht an gegenwärtige Existenzen knüpfen. In Wirklichkeit handelt es sich aber nicht um eine bloße Negation, sondern um die Beziehung des Rechts zu einer künftigen erhofften Person. Diese allerdings zunächst nur vorgestellte Person ist für den Fall ihrer dereinstigen Existenz das Rechtssubject." Aber ein künftiges Rechtssubjekt ist doch kein existierendes, kein für die Gegenwart, auf die es ankommt, vorhandenes! Windscheid hält deshalb auch das Bestehen von subjektlosen Rechten in unserem Falle aufrecht.[3]

1) Jahrbücher Bd. X S. 390 fg., 432.
2) Pand. Bd. I S. 102 u. Bürgerl. R. I § 48.
3) Bd. I § 52.

Einen neuen Gedanken enthält die Abhandlung Schultzes über die Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, indem darin die nach § 1912 anzuordnende Pflegschaft als Treuhänderschaft aufgefaßt wird.[1] Treuhänder ist, wie Schultze[2] definiert, „wer Rechte als Eigenrechte empfangen hat, mit der Bestimmung, sie nicht in eigenem Interesse zu gebrauchen". Auch den Pfleger kann man als Eigenberechtigten in fremden Interesse auffassen, denn er handelt bei der Wahrnehmung der dem nasciturus vorbehaltenen Rechte in eigenem Namen, nicht im Namen des nasciturus, da im Namen eines nicht Existierenden niemand handeln kann, wohl in dessen Interesse. Dies ist auch beim Pfleger der Fall, denn er hat die fraglichen Rechte durch obrigkeitlichen Akt mit der Bestimmung empfangen, dieselben nicht in seinem, sondern im Interesse der Leibesfrucht zu gebrauchen. Damit wären die Voraussetzungen der Treuhänderschaft erfüllt. Der Pfleger als Treuhänder würde also der Eigentümer der dem nasciturus vorbehaltenen Erbschaft werden und die Frage nach dem Subjekt der Erbschaft gelöst sein.

Doch auch diese Lösung kann nicht befriedigen. Ein Pfleger wird für die Leibesfrucht nach den Bestimmungen des Gesetzes immer nur dann ernannt, wenn ein Bedürfnis dazu vorliegt, was sehr häufig nicht der Fall sein wird, z. B. dann nicht, wenn der nasciturus bei seiner Geburt unter elterlicher Gewalt stehen wird. Die Wahrnehmung seiner Rechte ist dann vielmehr Elternpflicht. In solchen Fällen und vor der eventuellen Bestellung des Pflegers bleibt es also beim alten. Liegt

1) a. a. O. § 8.
2) S. 1.

kein Bedürfnis zur Fürsorge vor, so meint Schultze, „sei es erträglich, das Durchgangsstadium bis zur Entscheidung über das Schicksal des Nasciturus andauern, die Rechte bis dahin mit bloß passiver Seite, ohne Träger, fortexistieren zu lassen". Im Prinzip nimmt also auch Schultze Subjektlosigkeit der dem Embryo reservierten Rechte an.

Aber es ist nicht nötig, das Erbrecht des nasciturus als subjektlos anzusehen, wenn wir uns mit dem fingierten Rechtssubjekt begnügen und das ist möglich, weil das Gesetz selbst die Fiktion vorschreibt. Das Gesetz verlangt durch die Fiktion der früheren Geburt, daß wir den nasciturus als Rechtssubjekt behandeln. „Wir haben es hier nicht, wie bei der römischen Sentenz „nasciturus pro jam nato habetur" mit einer dogmatischen Fiktion" zu thun, die unsere Auslegung bei Seite schieben konnte und durfte, sondern mit einer bindende Kraft beanspruchenden gesetzlichen Norm." [1]

Da nun dem nasciturus das Erbrecht für den Fall seiner Geburt vorbehalten wird und der Erwerb der Erbschaft davon abhängt, daß der nach des Erblassers Tode Geborene zur Zeit des Erbfalls als Embryo vorhanden war, muß unter Umständen eine Berechnung des Beginnes des embryonalen Daseins stattfinden.

Nach gemeinrechtlicher Auffassung genügte es, um dem nasciturus die ihm vorbehaltenen Erbrechte zu sichern, wenn er innerhalb 10 Monaten nach dem Erbfall geboren wurde. [2] Die Motive [3] zum Entwurfe des

1) Endemann Bd. I S. 96; vergl. auch Meischeider S. 168 A. 1.
2) Windscheid Bd. I § 56 b, Bd. II § 535 A. 4.
3) Bd. I S. 30.

BGB. halten dies jedoch nicht für ausreichend, und mit Recht. Denn es kann nicht nur genügen, daß die Empfängniszeit überhaupt zutrifft, sondern es muß, wie die Motive hervorheben, „die Möglichkeit hinzutreten, daß die Erzeugung wirklich vor dem Zeitpunkte stattgefunden habe, in welchem, wenn die Person bereits gelebt hätte, das Recht angefallen wäre.“ Die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1591, 1592 und 1717 über die Empfängniszeit und die darin aufgestellten Vermutungen können für die Ermittelung des Zeitpunktes der Erzeugung nur insofern in Betracht kommen, als danach der Nachgeborene innerhalb 302 Tagen nach dem Ableben des Erblassers geboren sein muß, um gegen diesen erbrechtliche Ansprüche gelten machen zu können. Die §§ 1591 und 1717 regeln nur die Frage der Ehelichkeit bezw. Unehelichkeit eines Kindes. Die Vermutung der ehelichen Vaterschaft ist aber an sich kein Beweis für die Erzeugung zu einer bestimmten Zeit, auf die es im Falle des § 1923 Abs. 2 ankommen kann. Der § 1592 normiert nur die Empfängniszeit als einen Zeitraum im Ganzen, mit einem bestimmten äußersten Termin, bis zu welchem die Geburt erfolgt sein muß; dagegen wird darin keineswegs die Vermutung aufgestellt, daß nun jeder innerhalb der 302 Tage Geborene beim Erbfall bereits erzeugt war. Darüber also, daß ein Kind zu einem bestimmten Zeitpunkt, nämlich zur Zeit des Todes des Erblassers, empfangen war, läßt sich aus jenen Vorschriften nichts entnehmen. Der Beweis hierfür muß im Streitfalle von dem nachgeborenen Erben erbracht werden. Es kommen also für die Ermittelung des Zeitpunktes der Erzeugung die allgemeinen Beweisregeln in Betracht,

sodaß die Praxis in vorliegenden Fällen nach freier Ueberzeugung zu entscheiden hat, wobei jedoch jene gesetzlichen Bestimmungen mittelbar Anhaltspunkte bieten können.[1]

Uneheliche nachgeborene Kinder haben auch nach dem BGB. wie früher im gemeinen Recht gegenüber ihrem Erzeuger keinerlei erbrechtliche Ansprüche, erwerben aber solche nach erfolgter Legitimation; und zwar erlangen sie, wenn die Legitimation durch Eheschließung ihrer Eltern vollzogen wird, ein gesetzliches Erbrecht nicht nur gegenüber ihrem Vater, sondern auch gegenüber den väterlichen Verwandten.[2] Es entsteht in diesem Falle die Frage, ob ein vor dem Tode eines solchen Verwandten, z. B. ein vor dem Tode des Großvaters außerehelich erzeugtes Kind diesem gegenüber erbberechtigt ist, wenn die, die Legitimation herbeiführende Ehe der Eltern dieses Kindes nach dem Erbfall, jedoch vor der Geburt des Kindes geschlossen wird.[3] Das Kind ist nach § 1591 Abs. 1 ehelich und auf Grund der Fiktion des § 1923 Abs. 2 gilt es als vor dem Erbfalle geboren Trotzdem wird man demselben das Erbrecht versagen müssen, weil der erst durch die Heirat der Eltern entstehende Berufungsgrund der Verwandtschaft für das Kind zur Zeit des Erbfalls noch nicht bestand.[4]

1) Vergl. hierzu Planck zu § 1923 sub. 2, Herzfelder a. a. O. zu § 1923 sub 6; Endemann Bd. III S. 25 A. 4; Hachenburg, Vortr. S. 335, Leske S. 1013 A, 9, Motive Bd. I S. 30; Bd. V S. 11, 12; Protokolle V. S. 8.

2) § 1719 mit § 1737 BGB.

3) Die Frage kann z. B. praktisch werden im Falle des persönlichen Erbverzichts des Vaters eines nasciturus, §§ 2346 u. 2349 BGB.

4) Vergl. Heymann S. 57, 58; Planck, Vorbem. zu § 1923 sub. 3.

Der nach dem BGB. eintretende Erbschaftserwerb von Rechtswegen setzt Coexistenz zwischen Erblasser und Erben voraus. Der Erbe muß also zur Zeit des Todes des Erblassers schon leben; Rechtsfähigkeit braucht er jedoch in diesem Zeitpunkte noch nicht zu besitzen, es genügt, daß er als Embryo vorhanden ist. Zugleich aber ist das Erzeugtsein im Augenblicke des Ablebens des Erblassers auch Erfordernis. Ein zur Zeit des Erbfalls noch nicht Empfangener kann nicht Erbe werden, auf keinen Fall in dem Wege der gesetzlichen Erbfolge; hinsichtlich der testamentarischen Erbfolge gelten besondere Vorschriften, auf die wir unten zurückkommen.

Durch die Ausschließung der nach dem Tode des Erblassers erzeugten Nachkommen von der gesetzlichen Erbfolge hat das BGB. eine alte Streitfrage des gemeinen Rechts zu Gunsten der herrschenden Ansicht desselben entschieden. Die Meinung, daß alle Verwandten des Erblassers, auch die erst nach seinem Tode erzeugten, zur Intestaterbfolge berechtigt wären, war im gemeinen Recht sehr verbreitet. Es wurde insbesondere dafür geltend gemacht, daß es der natürlichen Billigkeit entspreche, auch solche Nachkommen zur Erbfolge zuzulassen. Demgegenüber stützte die herrschende Lehre sich darauf, daß als verwandt mit dem Erblasser und somit als intestaterbberechtigt nur solche Personen zu gelten haben, die im Augenblicke des Todes des Erblassers mindestens im Mutterleibe vorhanden waren.

In den Quellen wird dies auch ausdrücklich hervorgehoben. So heißt es in den Institutionen in Beziehung auf das Successionsrecht eines erst nach dem Tode des Großvaters erzeugten Enkels: „Et licet post mortem

avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus posteaque deserto avi testamento suus heres efficitur plane si et conceptus et natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo desertoque postea avi testamento suus heres avo non existit, quia nullo jure cognationis patrem sui patris tetigit."[1]

Denselben Gedanken drückt in etwas anderer Weise Julian aus, wenn er sagt, daß im gewöhnlichen Leben auch die Enkel als Verwandte angesehen werden, die erst nach dem Tode des Großvaters erzeugt sind, daß das aber in einem uneigentlichen und mißbräuchlichen Sinne geschehe: „Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, non proprie, sed per abusionem vel potius ἀναφορικῶς accidit."[2]

Besonders nachdrücklich wird das Erfordernis der Koexistenz in der l. 6 und l. 7 D. 38, 16 hervorgehoben, wo Julian erklärt: „Qui post mortem avi sui concipitur, is neque ligitimam hereditatem ejus tamquam suus heres, neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest, quia lex duodecim tabularum eum vocat ad hereditatem, qui moriente eo, de cujus bonis quaeritur, in rerum natura fuerit" und Celsus hinzufügt: „vel si vivo eo conceptus est, quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur."

Danach kann ein nach dem Tode des Großvaters erzeugter Enkel weder nach altem Civilrecht, noch nach dem prätorischen Erbrecht in der Klasse unde cognati zur Erbschaft zugelassen werden, weil er beim Tode des

1) § 8 J. 3,1.
2) l. 8 pr. D. 38,16.

Erblassers noch nicht existirt hat oder nicht wenigstens schon empfangen war.

In demselben Sinne wie Julian äußert sich an mehreren Stellen auch Ulpian. so in l. 6 pr. D. 28, 3: „ . . . . . Sed haec ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit ceterum si postea conceptus est, Marcellus scribit, neque ut suum neque ut nepotem aut cognatum ad hereditatem vel ad bonorum possessionem posse admitti.“ Ferner in l. § 8 D. 38. 8: „ . . . . Sed hoc ita demum erit accipiendum, si hic qui in utero esse dicitur vivo eo de cujus bonorum possessione agitur fuit conceptus, nam si post mortem, neque obstabit alii neque ipse admittetur, quia non fuit proximus cognatus ei, qui vivo nondum animax fuerit.“ Derselbe in l. 1 § 8 D. 38, 16: „ . . . . dicendum erit suos posse succedere, si modo mortis testatoris tempore vel in rebus humanis vel saltem concepti fuerint: idque et Juliano et Marcello placet.“ Endlich sei noch erwähnt l. 3 § 6 D. eod.: „ . . . . . ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur“ und l. 3 § 11 eod.: „Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.“[1]

Aus allen diesen Stellen geht hervor, daß sowohl nach altem Civilrecht, als auch nach dem prätorischen Erbrecht nur solche nascituri als erbberechtigt in Betracht kommen, die beim Ableben des Erblassers schon koncipirt sind.

Die gegnerische Lehre, welche auch die nach dem Tode des Erblassers Erzeugten als intestaterbberechtigt ansieht, stützt sich nun auf die Novelle 118, die das bisherige Intestaterb-

1) Vergl. noch l. 7 pr. D. 5,2; l. ult. D. 37,9.

recht völlig umgestaltet habe, indem sie den Vorzug der Agnation vor der Kognation gänzlich beseitigte. Hierauf gründet Griesinger[1] seine Ansicht, dem sich auch Glück[2] angeschlossen hat: „Justinian habe die Intestaterbschaften nicht nach dem Prinzip der väterlichen Gewalt, sondern der Kognation und Blutsverwandtschaft angeordnet." Nach diesem Prinzip aber hat schon der Prätor die Erbfolge angeordnet und gerade in Beziehung auf das prätorische Erbrecht war, wie wir gesehen haben, der Grundsatz ausgesprochen, daß zur Zeit des Todes des Erblassers nondum concepti keine Kognatenrechte hätten und deshalb von der Erbfolge ausgeschlossen seien.[3]

Größeren Anklang haben die Ausführungen Löbenstern's[4] gefunden, welcher folgendermaßen argumentirt: „Justinian habe durch die Novelle 118 die ganze ältere Intestaterbfolge mit ihren Unterscheidungen zwischen Agnation und Kognation aufgehoben und verordnet, daß in erster Linie die ehelichen Descendenten, alsdann die Ascendenten und dann die Seitenverwandten als Intestaterben berufen seien. Es komme daher auf die alten engeren Begriffe von Agnation und Kognation nicht mehr an, sondern die eheliche Abstammung vom Verstorbenen berechtige ohne weiteres zur Erbfolge in der ersten Klasse, sowie die Eigenschaft als Ascendent in der zweiten Klasse u. s. w. Wenn also in dem Moment, wo die Erbmasse ab intestato deferirt werde, ein post mortem koncipirter

1) S. 293.
2) S. 585, 586.
3) Vergl. namentl. l. ult. D. 37,9.
4) a. a. O. S. 315 fg.

Descendant vorhanden sei, so sei auch diesem die Erbschaft deferirt; denn es komme ja gar nichts darauf an, ob er Agnat oder Kognat sei und gerade deshalb schade es auch nichts, daß die älteren Gesetze dem post mortem defuncti concepto die Eigenschaft eines Kognaten absprächen. Einzig und allein durch die drei Gründe Descendenz, Ascendenz und Kollateralkognation sei die Intestatfolge bedingt. Man brauche daher, um in der ersten Klasse zu erben nicht mehr die Eigenschaft der Suität, der Agnation oder Kognation im altrömischen Sinne nachzuweisen, sondern es genüge Descendent zu sein ejus qui ab intestato moritur."

Nicht soweit wie Löbenstern geht Schirmer,[1] der die Ansicht vertritt, daß der Begriff der Kognation nach der Novelle 118 ein anderer sei, als nach früherem Recht. „Es dürfe aber aus der Modifikation des Kognationsbegriffes nicht der Schluß gezogen werden, daß die Koexistenz zwischen Erbe und Erblasser dem Geiste der Novelle gemäß nicht mehr erforderlich sei; die Konsequenz daraus sei jedoch, daß die Bestimmung, nach welcher Niemand berufen werde, der nicht zur Zeit des Todes des Erblassers wenigstens schon koncipirt wäre, für den Fall der successiven Berufung aufgehoben sei, denn das Hindernis, das den nondum conceptus bei der ersten erfolglosen Delation zu berücksichtigen nicht erlaube, sei nunmehr gehoben. Bei dem zweiten Erbangebote befände er sich auf derselben Linie wie jeder andere nasciturus."

---

1) S. 190 A. 157.

Auch Dernburg[1] verteidigt die Ansicht, daß nach dem Tode des Erblassers empfangene Nachkommen zur Intestaterbfolge zuzulassen seien: „Weil die Novelle will, daß die Berufung an die „Descendenten" stets vor der Berufung an Ascendenten und Kollateralen geschehe, müsse man einen erweiterten Kognationsbegriff zu Grunde legen, wonach auch nach dem Tode des Erblassers koncipirte Descendenten als mit ihm verwandt anzusehen seien. Die entgegenstehenden Gesetze des älteren Pandektenrechts habe die Novelle 118 aufgehoben."

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt auch ein Erkenntnis des OAG. zu München,[2] indem darin ausgeführt wird, daß zwar „nach früherem Rechte ein post mortem avi erzeugter Enkel nicht Intestaterbe des Großvaters werden könne, weil kein Kognationsverhältnis zwischen Enkel und Großvater bestanden habe. Aber nach der Novelle 118 gründe sich das Intestaterbrecht auf das Descendentenverhältnis, das nicht davon abhinge, ob der Enkel zur Zeit des Ablebens des Großvaters schon als Embryo existiert habe".

Demgegenüber ist hier gleich zu bemerken, daß in einer anderen, vom OAG. zu Celle[3] gefällten Entscheidung dahin erkannt wird, daß zur Todeszeit des Erblassers noch nicht koncipierte Personen denselben nicht beerben können.

Im übrigen scheint die Praxis wenig Gelegenheit gehabt zu haben, sich über unsere Streitfrage schlüssig zu

1) Pand. Bd. III S. 277.
2) SA. Bd. VIII Nr. 63.
3) SA. Bd IX Nr. 309.

werden; insbesondere fehlt es an einer Entscheidung des Reichsgerichts.

Gegen die von Theorie und Praxis für die Zulassung der beim Tode des Erblassers noch nicht empfangenen Personen zur Intestaterbfolge aufgestellten Gründe wird von den Vertretern der herrschenden Lehre mit Recht bemerkt, daß diese Frage in der Novelle 118 gar nicht berührt und deshalb nach dem früheren Recht zu beurteilen ist. Denn obwohl Justinian eine gänzliche Umgestaltung des früheren Rechtszustandes herbeigeführt und, wie namentlich aus der praefatio und dem vierten Kapitel hervorgeht, neue Normen über die Kognatenerbfolge, unter Aufhebung des früheren Unterschiedes zwischen Kognation und Agnation erlassen hat, so spricht sich die Novelle doch in keiner Weise „über den Begriff der Kognation oder über die Voraussetzungen, unter denen jemand als erbfähiger Kognat eines bestimmten anderen gelten könne“ [1] aus. Sie begnügt sich vielmehr damit, lediglich die Verwandten zu bezeichnen und die Reihenfolge festzustellen, in welcher diese als Descendenten, Ascendenten und Seitenverwandte zur Erbfolge gelangen sollen. Es fehlt also für unsere Frage an jeglicher Bestimmung. Allerdings besteht zwischen den Kognaten vor und nach der Novelle insofern ein Unterschied, als das prätorische Edikt in der Klasse unde cognati das Erbrecht der Verwandtschaft auf den 6. Grad beschränkt und aus dem 7. Grade nur noch die Sobrinenkinder als Verwandte gelten läßt,[2] während

1) Arndts im Rechtslexikon Bd. V S. 679; vergl. auch Büchel S. 5.

2) § 5 J. 3,5; l. 1 § 3, l. 9 pr. D. 38,8; l. 4 pr. D. 38,10.

die Novelle alle Verwandten ohne jede Einschränkung zur Erbfolge beruft.[1] Deshalb aber kann man nicht sagen, daß der alte Kognationsbegriff aufgegeben und die neue Erbfolge der Novelle nicht mehr auf dem Kognationsbegriff, sondern auf dem Descendenten-, Ascendenten- und Kollateralenverhältnis beruhe. „Das wäre" — wie Brinz[2] sagt — „richtig, wenn der alte Begriff der Kognation von der Einschränkung auf den 6. Grad abhinge und wenn die Descendenten, Ascendenten und Kollateralerben der Novelle keine Kognaten wären."

Auch Vangerow[3] ist der Ansicht, daß Justinian in der Novelle 118 keinen neuen Begriff der Kognation, sondern nur eine neue Successionsordnung habe einführen wollen, daß deshalb unsere Streitfrage nach der Novelle ebenso zu verneinen sei, wie nach dem älteren Pandektenrecht. Ebenso erklärt Mayer;[4] „Die Erbesberechtigung der postumi,deren die Novelle gar nicht erwähnt, ist an sich und ihrer wesentlichen Voraussetzung nach dieselbe geblieben." Ferner lehrt Coeppen:[5] „Der Begriff der kognatischen Verwandtschaft hat durch die Novelle 118 keine Veränderung erfahren. Sie ist, wie nach früherem Recht nur möglich zwischen Personen, die noch gleichzeitig in rerum natura waren. Descendenten und Kollateralen des Erblassers, deren Konzeption erst nach seinem Tode erfolgte, können deshalb nicht seine

1) Nov. 118 cap. I.
2) Bd. III S. 128 A. 2.
3) Bd. II § 411.
4) § 8 I.
5) Lehrb. S. 386, vergl. auch S. 64 A. 2 u. System S. 308 A. 38.

Intestaterben werden, auch nicht durch successive Berufung."

Daß Justinian die Regel des alten Rechts, nach welcher der zur Todeszeit des Erblassers noch nicht Empfangene diesem gegenüber keine Kognatenrechte haben könne, durch die Bestimmung der Novelle 118 gar nicht berührt habe, ist auch die Meinung Mühlenbruchs.[1] Denselben Standpunkt vertritt Schweppe:[2] „Erzeugt muß der Verwandte beim Tode des Erblassers zur Erlangung der Successionsfähigkeit schon sein, denn darauf beruht das Wesen seiner Blutsverwandtschaft mit dem Erblasser, ein Grundsatz, der auch durch die Novelle 118 keineswegs aufgehoben ist." Dasselbe erklärt auch Thibaut:[3] „Falsch ist es, wenn man behauptet hat, der Satz des älteren Rechts, daß ein nach dem Tode des Erblassers empfangenes Kind nicht als Blutsfreund gelte, sei durch die Novelle aufgehoben."

In demselben Sinne sprechen sich ferner noch Büchel,[4] Savigny,[5] Windscheid,[6] Arndts,[7]

---

1) a. a. O; Bd. 39 S. 408 Note 99.

2) Bd. V § 827 S. 134.

3) S. 115.

4) S. 5 fg.

5) Bd. VIII S. 484: „Als Intestaterbe kann niemand betrachtet werden, der erst nach dem Tode des Erblassers erzeugt ist. Die Grundbedingung also besteht darin, daß ein Intestaterbe während des Lebens des Erblassers geboren oder wenigstens erzeugt war."

6) Bd. III. § 535: „Wer zur Zeit des Todes des Erblassers nicht wenigstens im Mutterleibe existent war, wird nicht berufen, auch wenn er zur Zeit des Berufungsfalles existent ist." Vergl. auch § 571 A. 1.

7) Pand. § 471, 474, im Rechtslex. S. 680.

Sintenis,[1] Puchta,[2] Brinz,[3] und mit der erwähnten Beschränkung auch Schirmer[4] aus. Von dem zuletzt Genannten wird besonders noch darauf hingewiesen, daß die Zulassung der beim Ableben des Erblassers noch nicht erzeugten Nachkommen zur Erbfolge auch deshalb unmöglich sei, weil dadurch der Fundamentalsatz des Erbrechts, nämlich die dem Begriff des Erbrechts eigentümliche Unmittelbarkeit der Nachfolge, umgestoßen würde.[5]

Die Streitfrage des gemeinen Rechts ist jetzt beseitigt. Der beim Tode des Erblassers noch nicht erzeugte Nachkomme kann nach dem Recht des BGB. nicht gesetzlicher Erbe des Verstorbenen werden. Dies beruht aber nicht, wie im gemeinen Recht darauf, daß der nondum conceptus mit dem Erblasser nicht verwandt ist, sondern auf dem Grundsatz des Erbanfalles kraft Gesetzes. Die Erbschaft soll mit dem Tode des Erblassers auf den berufenen Erben übergehen, deshalb muß der Berufene leben oder, infolge der Vorschrift des § 1923 Abs. 2, wenigstens erzeugt sein. Auch von der successiven Berufung ist der beim Erbfalle noch nicht Erzeugte ausgeschlossen, ebenso wie nach der herrschenden

1) Bd. III § 162 Not. 6.

2) § 450: „Aus der im Begriff des Erbrechts liegenden unmittelbaren Nachfolge ergiebt sich, daß nur eine Person erbberechtigt sein kann, die zur Zeit des Todes des Erblassers schon in rerum naturum, also wenigstens schon konzipirt war" u. s. w.

3) Bd. III S. 127 fg; „Wegen der zwischen Erben und Erblasser notwendigen Kontinuität . . . . . muß der zu berufende Verwandte beim Tode des Erblassers mindestens erzeugt sein" u. s. w.

4) S. 190 Not. 4: „Die Erbschaft soll alsbald nach ihrer Erledigung, nicht in Zukunft einmal an einen neuen Herrn gebracht werden."

5) Vergl. noch Mühlenbruch Bd. 39 S. 416 u. 419.

Meinung des gemeinen Rechts; wiederum aber nicht wie dort, infolge des römischen Verwandtschaftsbegriffes, welcher Koexistenz fordert, sondern weil sich die Person des eventuell Berufenen, ebenso wie die des ursprünglich Berufenen, nach dem Zeitpunkte des Erbfalls bestimmt und nicht nach dem Momente des Wegfalls des zunächst Berufenen. Der eventuell Berufene muß also zur Zeit des Todes des Erblassers mindestens erzeugt sein, es genügt nicht, daß er dies beim Wegfall des zunächst Berufenen ist. Dies ist nicht eine notwendige Konsequenz des Prinzips. „Der Tote erbt den Lebendigen", wie die Motive[1] meinen, als vielmehr eine Folge davon, daß der Fortfall des zunächst Berufenen ex tunc und nicht ex nunc wirkt.[2]

## § 4.

### Der Rechtserwerb im Wege der gewillkürten Erbfolge.

Vergegenwärtigen wir uns auch hier den Entwickelungsgang der Erbfähigkeit des nasciturus an der Hand des römischen Rechts. Die Thatsache, daß die Rechtsfähigkeit des Menschen erst mit seiner Geburt beginnt, stand auch der Möglichkeit entgegen, nascituri gültig und mit rechtlicher Wirkung in einem Testamente zu Erben einzusetzen. Die Abweichung jedoch von der Strenge dieses Rechts hinsichtlich der gesetzlichen Erbfolge und die Rechtsform, durch welche die starre Regel für

1) Bd. V S. 376, 513.
2) Vergl. Heymann S. 59 u. 60. Matthiaß Bd. II S. 459.

die Zwecke des Intestaterbrechts der nascituri gemildert wurde, läßt auch die testamentarische Erbfähigkeit derselben umsoweniger zweifelhaft erscheinen, als der letzte Wille des Testators eine besondere Berücksichtigung erheischt und als es widersinnig wäre, einer zur Intestaterbfolge geeigneten Person die testamentarische Erbfähigkeit absprechen zu wollen. Aber aus einem anderen Grunde war im älteren römischen Recht die Möglichkeit, nascituri wirksam zu Erben einzusetzen, ausgeschlossen. Es war der Grundsatz „incerta persona heres institui non posse", welcher der testamentifactio passiva des Embryo im Wege stand.

Als incerta persona wurde eine Person angesehen, von der sich der Testator bei der Testamentserrichtung keine bestimmte Vorstellung machen konnte, quam incerta opinione testator animo suo subjiciebat.[1] Dazu wurde auch der postumus gerechnet und damit die Unzulässigkeit seiner Erbeinsetzung begründet: Ac nec heres quidem potest intitui postumus alienus, est enim incerta persona.[2]

Hier war es das Noterbenrecht der postumi sui, welches das Hindernis überwinden half und zur Anerkennung der testamentarischen Erbfähigkeit des Embryo führte. Nach civilem Recht[3] hatten die sui

1) § 25 J. 2,20.

2) Gai. J. II § 242. Vergl. ferner Ulp. fragm. Tit. XXII § 4; Gai. J. II § 287.

3) D. h. nach dem durch interpretatio und auctoritas der Juristen gebildetem Recht, nicht nach dem Zwölftafelgesetz; diesem war das Noterbenrecht noch unbekannt. Vergl. Gai J. II § 123, Ulp. fragm. XXII §§ 14 fg u. Tit. D. de liberis et postumis heredibus instituendis vel exherendandis (28,2).

heredes ein sog. formelles Noterbenrecht, d. h. es gehörte zur formalen Gültigkeit eines Testaments, daß sie in demselben entweder eingesetzt oder enterbt wurden. Ihre Präterition machte das Testament nichtig. Diesem Übelstande konnte jedoch der Testator durch Einsetzung oder Enterbung willkürlich abhelfen. Schwierigkeiten machten aber die posumi sui, weil diese als incertae personae weder eingesetzt, noch enterbt werden konnten, sodaß der Testator der ruptio testamenti agnatione postumi in keiner Weise vorbeugen konnte.[1] Um die Ruption des Testamentes zu verhüten, wurde den postumis suis nach und nach die tesamenti factio passiva eingeräumt. So wurde zunächst dem Hausvater gestattet, ein zur Zeit der Testamentserrichtung erzeugtes Kind, das, wenn es geboren wäre, in seiner unmittelbaren Gewalt gestanden hätte, für den Fall der lebenden Geburt nach seinem Tode als Erbe einzusetzen. In diesem Fall war freilich Abhülfe dringend nötig, da durch ein neues Testament nicht nachgeholfen werden konnte. Ulpian äußert sich darüber folgendermaßen: „Eos, qui in utero sunt, si nati sui heredes nobis futuri sunt, possumus instituere heredes; si quidem post mortem nostram nascantur ex jure civili; si vero viventibus nobis ex lege Julia."[2] Diese postumi, deren testamenti factio passiva durch Herkommen ausgebildet wurde, ohne daß

1) Ulp. fragm. XII § 18: Postumi quoque liberi cujus cumque sexus omissi quod valuit testamentum agnatione rumpunt.

2) Ulp. fragm. XXII § 19; lex Julia oder Junia Velleja sive Vellaea, auf welche wir unten zurückkommen.

sich eine besondere Quelle dafür nachweisen läßt, wurden postumi legitimi genannt.

Einen weiteren Schritt that der Prätor Aquilius Gallus, indem er die Einsetzungsfähigkeit eines beim Tode des Testators im Mutterleibe vorhandenen Enkels ermöglichte, dessen Vater zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebte, für den Fall daß dieser vor dem Testator starb, der Enkel aber nach dem Tode des Erblassers lebend zur Welt kam. Die Formel des Aquilius Gallus für diese sogenannten postumi Aquiliani lautete: „Si filius meus vivo me morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus nata erit, heredes sunto.[1] Mit entsprechender Veränderung wurde die Formel auch für die Einsetzung eines pronepos postumus anwendbar gemacht, wie aus l. 29 § 2—4 D. 28,2 hervorgeht.

Während nun durch die Aquilische Formel die testamenti factio passiva aller nach dem Tode des Testators geborenen sui ermöglicht war, konnte der Erblasser gegen die Ruption seines Testamentes in den Fällen, in welchen ein postumus bei seinen Lebzeiten agnascierte, keine besonderen Vorkehrungen treffen, sondern mußte sich mit der Errichtung eines neuen Testamentes helfen. Erst die lex Junia Vellaea ersparte ihm diese Unbequemlichkeit. Dieses Gesetz enthält zwei Kapitel. Im ersten Kapitel gestattete es, um die Ruption eines Testaments zu verhüten, die wirksame Einsetzung solcher Descendenten, die zwar nach der Testamentserrichtung, aber noch zu Lebzeiten des Testators geboren wurden

1) l. 29 D. 28 2.

und die sogleich mit ihrer Geburt sui waren.[1] Das zweite Kapitel gewährte dasselbe hinsichtlich entfernterer Descendenten, die bei der Testamentserrichtung schon geboren, aber erst durch das Wegfallen eines näheren Descendenten in die unmittelbare Gewalt des Testators kamen.[2]

Diese postumi hießen postumi Vellejani. Durch später erfolgende Interpretation der lex Velleja wurden die Normen derselben erweitert und auf Fälle ausgedehnt, auf die sie sich ursprünglich nicht bezog. Dies geschah namentlich durch die Autorität des Salvius Julianus nach welchem die von der Erweiterung der lex Velleja betroffenen postumi, postumi Juliani genannt wurden.[3] Auf diese Weise erhielten allmählich alle postumi sui, auch die, qui postumorum loco sunt, die testamentarische Erbfähigkeit.[4]

Die durch das Noterbenrecht veranlaßte Entwickelung der testamenti factio passiva der postumi sui wurde durch die Einführung des prätorischen Noterbenrechts auch auf postumi alieni ausgedehnt. Es geschah dies in Folge der vom Prätor erteilten bonorum possessio contra tabulas testamenti im Falle der Präterition von postumi alieni im Testamente. Um dem Testator durch Erbeseinsetzung die Möglichkeit zu geben, die

---

1) l. 29 §§ 11, 12, 15 D. 28,2.

2) l. 29 §§ 13, 15 D. eod.; Gai. J. II § 134.

3) Vergl. l. 29 § 15 D. 28,2, wo Julian durch Kombination der beiden Kapitel die lex auf einen Fall anwendbar machte, auf den die Kapitel einzeln nicht paßten.

4) Vergl. Gai J. II § 138; Ulp. fragm. XXII § 3, § 1 J. 2,17; l. 8 D. 29,1.

Ruption seines Testamentes zu verhüten, gewährte der Prätor die bonorum possessio secundum tabulas.[1]

Die Möglichkeit, postumi testamentarisch zu berücksichtigen, blieb aber nicht auf die Descendenten des Erblassers beschränkt, sondern erstreckte sich auch auf die zu erwartenden Kinder dritter Personen. Dies ist allerdings nicht unbestritten. So wird u. a. von Heumann geltend gemacht, daß der Begriff postumi alieni auf die nachgeborenen Descendenten des Erblassers zu beschränken sei, weil es schon zum regelmäßigen Begriff des postumus gehöre, daß er zum Erblasser in einem Kindesverhältnis stehe.[2] Unzweifelhaft umfaßte der Begriff postumi alieni ursprünglich nur eigene Descendenten, welche keine Suitätsrechte hatten, denn auch nur für diese bestand ein Bedürfnis, als Erben eingesetzt werden zu können. Es ist aber ganz natürlich, daß im Laufe der Zeit, wie bei der Intestaterbfolge, so auch hinsichtlich des testamentarischen Erbrechts unter postumi auch die zu erwartenden Kinder dritter Personen begriffen wurden.[3] Unvereinbar aber war diese Einschränkung auf jeden Fall mit dem Ausspruch des Paulus in l. 3 D. 37, 11: „Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse." Auf Grund dieses Satzes schließen wir uns der herrschenden Meinung an, daß der Testator nicht nur seine eigenen, als Embryonen vorhandenen Kinder, sondern auch die dritter Personen zu Erben einsetzen kann.[4]

1) Gai J. III § 71; l. 6 § 1 D. 37,1; pr J. 3,9.

2) a. a. O. § 13.

3) Vergl. l. 127 D. de leg I; l. 8 D. 37,9.

4) Außer den schon erwähnten Quellenstellen sprechen noch l. 6 D. 37,9 und l. 6 pr. D. 5,2 für die herrschende Ansicht, welche

So hatten nach und nach sämtliche postumi die testamenti factio passiva erlangt, d. h. sie konnten schon als nascituri in einem Testament wirksam zu Erben eingesetzt werden. Ihren Abschluß fand diese Entwickelung in der von Justinian erlassenen constitutio de incertis personis. In dieser Konstitution[1] erklärte Justinian die blos prätorische Testamentsfähigkeit der postumi alieni für volles civiles Erbrecht, wie aus pr. J. 3, 9 hervorgeht: „Nam si alienus, portumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a praetore adjuvabatur: sed et hic a nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et ex jure civili non incognitus." Zwar drückt sich Justinian in § 28 J. 2, 20 so aus, als habe ein postumus alienus auch schon vor ihm nach Civilrecht eingesetzt werden können, indem er sagt: „Postumus autem alienus heres institui et antea poterat et nunc potest." Allein es geht aus der eben citirten Institutionenstelle klar hervor, daß der Satz diese Bedeutung nicht haben kann, sondern daß dies lediglich mit Rücksicht auf die schon vorher bestehende prätorische testamenti factio passiva des postumus alienus ausgesprochen ist.[2]

---

vertreten wird von Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39 S. 378—382. Heimbach a. a. O. S. 13 fg. Koeppen, Lehrb. § 3 sub II, 2 A. 2. Köppen, Syst. § 4 Not. 42. v. Vangerow Bd. II § 429 A. 3 sub 2. Mayer S. 37 Not. 6.

1) C. 6,48.

2) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39 S. 383; Heumann a. a O. S. 335. v. Vangerow Bd. II § 429 A. 3 sub 2. Heimbach a. a. O. S. 14. Köppen, Syst. § 5 Not. 42.

In der Möglichkeit nascituri im Testamente zu berücksichtigen, liegt eine zweifache Abweichung vom alten Recht. Einmal liegt diese darin, daß einem ungeborenen Menschen wie einem geborenen Erbfähigkeit zugestanden wird. Zum andern braucht der zum Erben Eingesetzte zur Zeit der Errichtung des Testaments nicht nur nicht geboren, sondern noch nicht einmal erzeugt zu sein. Das bedeutet aber eine Verletzung des Grundsatzes, daß die testamenti factio passiva schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhanden sein muß, wie aus l. 50 (49) § 1 D. 28,5 und § 4 J. 2,19 hervorgeht.[1] Diese zweite Abweichung vom alten Recht hängt mit dem Grunde zusammen, welcher das Aufkommen des Rechts, nascituri zu Erben einsetzen zu können, veranlaßt hat, nämlich die Verhütung der Ruption eines Testamentes. Sollte dieser Zweck vollständig erreicht werden, so mußte es auch gestattet sein, postumi berücksichtigen zu können, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht erzeugt waren. Auch die Quellen sprechen für diese Möglichkeit. Nach l. 27 D. 28,2 kann ein Mann die künftigen Kinder einer vidua, mit der er möglicherweise eine Ehe eingehen wird, als seine Erben einsetzen: „Postumum ex qualibet vidua natum sibi filium heredem instituere potest". Die l. 4 und l. 6 D. eod. gestatten dem Testator, Personen zu honorieren, die er erst in Zukunft erzeugen wird. Auch die mit einer zur Zeit unmündigen oder der Herrschaft Anderer untergebenen Person zu

1) Vergl. Steinlechner S. 354: „Über den Grund davon, daß im römischen Recht die Erbfähigkeit schon im Moment der Testamentserrichtung verlangt wird, kann u. E. ein gegründeter Zweifel nicht bestehen". Ferner Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39 S. 120 fg. Mayer S. 30 Not. 1. Schirmer S. 44 Not. 53.

erzeugenden Kinder waren nach l. 28 § 5 D. eod einsetzbar.

Endlich steht auch die constitutio de incertis personis der Möglichkeit, zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht Konzipierte im Testamente zu berücksichtigen, nicht entgegen. Die Konstitution enthält keine Bestimmungen darüber, wann die Konception als Erfordernis für die Erbfähigkeit nachgeborener Personen erfolgt sein muß, ob schon zur Zeit der Testamentserrichtung oder erst im Augenblick des Todes des Testators. Sie konstatiert nur das Erfordernis der Konception an sich, wie aus den Worten „heredes incertos scribi constitutio vetat, nisi in utero est" hervorgeht.[1] Es ist also anzunehmen, daß die constitutio, die nicht im Original erhalten und nur unvollständig restituiert worden ist, indem sie die prätorischrechtliche Erbfähigkeit der postumi alieni für volles Civilrecht erklärte, aber über den Zeitpunkt der Konception nichts bestimmte, es in dieser Hinsicht bei den alten Rechtsregeln hat bewenden lassen wollen. Von diesen besagt eine ausdrücklich: „Verum est omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit bonorum possessionem petere posse." Es können also Personen, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht empfangen sind, im Testamente zu Erben eingesetzt werden. Zugleich aber geht aus diesem Satz mit Sicherheit hervor, daß die Konception beim Tode des Erblassers erfolgt sein muß sodaß nach dem Tode des Testators erzeugte Personen keine Ansprüche aus dem Testamente erheben können, wenn sie auch darin zu

1) l. 1 § 2 C. VI, 48.

Erben eingesetzt worden sind. Daß auch diese Bestimmung des prätorischen Erbrechts durch die constitutio de incertis personis nicht aufgehoben sein kann, geht unzweideutig daraus hervor, daß die Institutionen und Digesten, welche nach dieser Konstitution publiziert worden sind, dieselbe aussprechen, was nicht der Fall sein würde, wenn die Konstitution entgegenstehende Vorschriften enthalten hätte.[1]

Trotzdem war im gemeinen Recht die Ansicht vielfach vertreten, daß auch die Erbeseinsetzung von zur Zeit des Ablebens des Testierers noch nicht empfangenen Personen rechtliche Geltung habe. So wendet sich u. a. Mayer[2] gegen die oben ausgesprochene Auffassung des Satzes: „Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse". Darin sei keineswegs gesagt, daß ein postumus, der moriente testatore nicht in utero wäre, keine bonorum possessio ansprechen könne. Daß diese Schlußfolgerung nicht berechtigt ist, bezeugt die Thatsache, daß selbst die Einsetzung von postumi sui nicht anders gelten konnte, als wenn der Nachgeborene des Testators schon bei dessen Lebzeiten empfangen war, wie dies aus der oben[3] citierten Einsetzungsformel des Aquilius Gallus hervorgeht. In dieser Formel „wird angenommen, daß der Sohn vor dem Erblasser starb, mithin der Enkel des letzteren schon koncipiert sei, und bei aller Ausdehnung, welche die Einsetzung der Postumen erhielte, wird man doch keine

1) Vergl. Heimbach a. a. O. S. 27.
2) § 16 Not. 7.
3) S. 46.

einzige Stelle nachweisen können, nach welcher die Einsetzung solcher Postumen, die erst nach dem Tode des Erblassers koncipiert wurden, für zulässig gehalten werden könnte".[1]

Im Übrigen stützen sich die Behauptungen Mayers über die Erbfähigkeit der postumi testatore morienti nondum concepti auf die constitutio de incertis personis. In dieser aber heißt es: „Heredes incertos scribi constitutio vetat, nisi in utero est."

Außer den schon angeführten Gründen, nach welchen die Konstitution das Erzeugtsein des eingesetzten pustumus für den Zeitpunkt des Todes des Erblassers verlangt, läßt sich noch ein anderes Argument dafür aus ihrem Text entnehmen. Anschließend an den soeben citierten Satz heißt es: „in hoc enim nomen ejus, quod desideratur, supplet venter qui eum gestat et pater." Hätte die Konstitution die Erbeseinsetzung beim Tode des Erblassers noch nicht Konzipierter zulassen wollen, so dürfte es hier nicht heißen venter, qui eum gestat, sondern gestabit.[2]

In neuerer Zeit vertritt Deruburg[3] den gegnerischen Standpunkt. Er verwirft das Erfordernis der Konception im Momente des Todes des Erblassers namentlich deshalb, weil „damit im Widerspruche stehe, daß der römische Erblasser seinem Sklaven gültig von einem künftigen Termine an die Freiheit hinterlassen und ihn doch zum Erben einsetzen könne.[4] Obgleich der solchergestalt

1) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39 S. 409.
2) Vergl. Heimbach a. a. O. 24.
3) Pand. III S. 108.
4) l. 9 §§ 17, 18 D. 58,5.

Inſtituierte im Augenblick des Todes nicht Perſon ſei, würde er doch mit dem Herankommen des Termins Erbe."

Dieſes Beiſpiel iſt jedoch u. E. von Dernburg zum Beweiſe ſeiner Behauptung nicht glücklich gewählt worden, und zwar einmal, weil es ſich auf ein veraltetes Rechtsinſtitut bezieht und zum anderen, weil die Sklaven überhaupt zu Erben eingeſetzt werden konnten, wie aus pr. J. 2, 14 hervorgeht: „Heredes instituere permissum est tam liberos homines, quam servos, tam proprios quam alienos. proprios autem olim quidem secundum plurium sententiam non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est. quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert . . . ."[1] Als Erbe iſt der Sklave heres necessarius, er kann ſich aber nicht der Erbſchaft entſchlagen. Auch iſt der Sklave, obwohl keine Rechtsperſönlichkeit, doch der Träger einer natürlichen Perſönlichkeit und in dieſer Eigenſchaft in manchen rechtlichen Beziehungen anerkannt worden.

Auch die Praxis hat ſich vereinzelt für die teſtamentariſche Erbfähigkeit der testatore moriente nondum concepti ausgeſprochen. Außer einigen gerichtlichen Entſcheidungen liegt ein Erkenntnis der ehemaligen Altdorfer Juriſtenfakultät vor, welches die teſtamentariſche Erbfolge einer beim Tode des Teſtators noch nicht er-

1) Vergl. auch Gai J. II §§ 185—189, Ulp. fr gm. XXII §§ 7—13.

zeugten Person zuläßt.[1] Die Gründe dieses Erkenntnisses fußen jedoch zum großen Teil auf der constitutio de incertis personis, von welcher wir gesehen haben, daß sie die alte Rechtsregel: Wer beim Tode des Erblassers noch nicht konzipiert ist, kann dessen Erbe nicht werden, nicht aufgehoben haben kann, da sie noch neben der Konstitution anerkanntermaßen vorkommt. Indessen bedarf ein Grund der besonderen Beachtung, nämlich folgender: „Da schon nach Pandektenrecht — l. 63 (62) pr. D. 28, 5 — Unfähige sub condicione recuperandae capacitatis zu Erben eingesetzt werden könnten, jede Erbeseinsetzung einer ungewissen Person aber ihrer Natur nach eine bedingte ist, so folgt daraus, daß nur der Eintritt dieser Bedingung, also nur die Erbfähigkeit zur Zeit des Erbschaftsantritts gefordert werden kann, und indem die erfüllte Bedingung ad initium actus retrotrahiert wird, muß es in Ansehung eines Nachgeborenen so gehalten werden, als ob der Erbe schon im Augenblicke des Todes des Erblassers die Erbschaft angetreten habe.“[2]

Dagegen ist zunächst zu sagen, daß die l. 63 (62) pr. D. 28, 5, auf welche die Fakultät Bezug nimmt, von der Kapazität, aber nicht von der Erbfähigkeit spricht: „In tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est, veluti Lucius Titius cum capere potuerit, heres esto: idem et in legato.“[3]

---

1) Goetz, Nr. XV, S. 201—233.

2) a. a. O. §§ 20 u. 21.

3) Viele halten auf Grund dieser Stelle die Einsetzung eines Unfähigen für den Fall künftiger Fähigkeit für gültig; sie nehmen

Zugegeben muß allerdings werden, daß bei bedingten Erbeseinsetzungen die Voraussetzungen in der Person des zum Erben Berufenen nicht schon zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden sein müssen, sondern daß es genügt, wenn dies zur Zeit des Eintritts der Bedingung der Fall ist.[1] Aber es kann nicht zugegeben werden, daß für die Erbeseinsetzung einer noch nicht existierenden Person die Analogie der suspensiv bedingten Erbeseinsetzung zutreffe Denn wenn auch zwischen beiden Fällen eine Ähnlichkeit insofern besteht, als das Recht von dem Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängig gemacht wird, so tritt doch sofort eine erhebliche Verschiedenheit beider Fälle hervor: „Während bei der aufschiebend bedingten Erbeinsetzung ein bestimmtes Rechtssubjekt bereits vorhanden ist und lediglich für den objektiven Inhalt des Rechts noch ein accidentelles Entstehungselement mangelt, ist bei der Erbeinsetzung einer persona incerta das Recht objektiv bereits vollständig gegeben, es fehlt aber noch das Subjekt desselben und damit ein essentielles Merkmal in dem Gesammtbegriff des Rechtsverhältnisses. Unter allen Umständen paßt der Begriff der Bedingung nicht auf eine Erbeinsetzung für den Fall der künftigen Existenz eines noch nicht existierenden Menschen. Es kann ein Recht durch jede (gesetzlich erlaubte) künftige Thatsache bedingt sein, nur nicht durch die Existenz seines Trägers, da letzterer

eine Usualinterpretation an, nach welcher diese Stelle von der Erbfähigkeit verstanden werde. Vergl. Mühlenbruch Bd. 39 S. 145—158. Mayer S. 45 Not. 1. Jedoch ist ein solches Gewohnheitsrecht nicht mehr nachweisbar; vergl. Koeppen, Erbr. S. 65 A. 3. Puchta § 471. Arndts, Pand. § 492 A. 3.

1) l. 50 (49) § 1 D. 28,5; l. 60 (59) § 4 D. eod.

naturnotwendig vorausgesetzt wird, wenn von einem Rechte mit konkretem und praktischem Sinne überhaupt gesprochen werden soll. In diesem Sinne sind subjektlose Rechte völlig undenkbar."[1]

Es kommt noch hinzu, daß, wenn man es gelten lassen wollte, daß ein zur Zeit Unfähiger unter der Bedingung künftiger Fähigkeit eingesetzt werden dürfe, der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Erbfolge seine Bedeutung völlig verlieren würde, denn eine zur Zeit der Testamentserrichtung erbunfähige Person, die unter der Bedingung künftiger Fähigkeit eingesetzt wird, kann dem Erblasser unmöglich unmittelbar in der Erbschaft nachfolgen, wenn sie bei dessen Tode nicht wenigstens als Embryo existiert. Deshalb muß der Tod des Erblassers als Grenzpunkt festgehalten werden, bis zu welchem die Konception erfolgt sein muß. „Ohne diese bestimmt, Grenze könnte es Jahrhunderte hindurch ungewiß bleiben ob Jemand überhaupt einen Erben haben und wer dies sein werde."[2]

Unter den Entscheidungen der Gerichte erklärt sich nachdrücklich das bereits erwähnte Urteil des OAG. zu München, wie für die Zulassung der gesetzlichen, so auch für diejenige der testamentarischen Erbfolge der testatore moriente nondum concepti.[3]

Das Gericht bestätigt zunächst die testamentarische Erbfähigkeit der postumi, wenn dieselben zur Zeit des Ablebens des Testators erzeugt sind, auf Grund der

---

1) Throner a. a. O. S. 159, 160.
2) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39 S. 416.
3) SA. Bd. VIII Nr. 63.

auch von uns angeführten Quellenstellen. Dann begründet es seine Entscheidung damit, daß im römischen Recht nicht bestimmt und unzweideutig ausgesprochen sei, daß ein zur Zeit des Ablebens des Testators noch nicht erzeugter Verwandter überhaupt nicht als Erbe eingesetzt werden könne. Nachdem nun aber durch die Novelle 118 die gesetzliche Erbfähigkeit der nach dem Tode des Erblassers koncipierten Deszendenten, durch Aufhebung aller entgegenstehenden Bestimmungen des älteren Rechts, zugelassen sei, könne auch die Institutionsfähigkeit eines solchen nicht länger mehr bezweifelt werden.

Wie wir jedoch oben nachgewiesen haben, hat die Novelle 118 die alten Rechtsregeln, nach welchen ein nach dem Tode des Erblassers erzeugter postumus von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, keineswegs aufgehoben.

In ähnlichem Sinne, wie das OAG. München entscheidet das OAG. Berlin[1] in einem Urteile aus dem Jahre 1870: „Die Ansicht, daß der postumus nondum conceptus nicht erben könne, sei aus dem Wortlaut der Quellen und dem Begriffe der persona incerta nicht zu begründen. Mit der Natur des Erbrechts sei die Erbeseinsetzung eines solchen postumus sehr wohl vereinbar. Der Appellationsrichter entscheide sich mit Recht dafür, indem er darin einen Fortschritt von der Strenge des älteren römischen Rechts zur Aequität erblicke, welche den klaren Willen des Testators zur Anerkennung und Ausführung zu bringen bestrebt sei. Es wolle nicht einleuchten, warum dem Testator die direkte Erbeseinsetzung eines postumus verwehrt sein solle, da

1) SA. Bd. XXV. Nr. 246.

er jedenfalls auf einem Umwege, durch fideikommissarische Anordnung seinen Willen, seinen Nachlaß dem postumus zuzuwenden, durchsetzen könne."

Dagegen erklärt sich das OAG. zu Celle[1] gegen die Zulassung der testatore moriente nondum concepti im Falle der direkten Erbfolge und läßt diese nur hinsichtlich eines Universalfideikommisses gelten. Es wird in dem Urteil ausdrücklich erklärt, daß „es seine Richtigkeit damit habe, daß zur Todeszeit des Erblassers noch nicht koncipierte Personen denselben nicht beerben können."

Nicht unerwähnt bleiben darf hier ein Erkenntnis des OAG. zu Lübeck,[2] in welchem gesagt wird: „Testamentarische Verfügungen, wodurch unzulässigerweise des Testators Kinder in den lebenslänglichen Nießbrauch und deren künftig zu erzielende Kinder in die Proprietät des Nachlasses als Erben instituiert wurden, sind immer so aufzufassen, als habe der Testator seine Kinder zu Proprietätserben, aber cum onere fideicommissi instituiert."

Aus diesen Entscheidungen geht hervor, daß die Praxis sich in ihrer Ansicht über die vorliegende Streitfrage nicht immer gleich geblieben ist. Von dem Bestehen eines Gerichtsgebrauches, der abweichend vom römischen Recht die testamentarische Erbfähigkeit eines beim Tode des Testators noch nicht Koncipierten anerkenne, wie dies von gegnerischer Seite behauptet wird,[3] kann demnach keine Rede sein.

---

1) SA. Bd. IX Nr. 309.
2) SA. Bd. XV S. 141.
3) Vergl. Ollmann S. 20.

Gewiß mit Recht hat sich denn auch die große Mehrheit der Juristen dahin ausgesprochen, daß nach gemeinem Recht auf Grund der Bestimmungen der römischen Rechtsquellen eine testamentarisch zum Erben eingesetzte Person, die zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht existiert, von der Erbfolge auszuschließen sei, wenn sie beim Ableben des Testators nicht mindestens als Embryo vorhanden war.[1] Dabei darf jedoch nicht geleugnet werden und wird von der herrschenden Meinung auch anerkannt, daß die strenge Durchführung dieser Auffassung in vielen Fällen zu Ergebnissen führen kann, die sich mit unserem Rechtsgefühle schwerlich in Einklang bringen lassen. „Man nehme z. B. an, daß Jemand die Kinder seines Freundes zu Erben einsetzt, die noch nicht geborenen wie die geborenen. Nach des Erblassers Tode erzeugt der Freund noch Kinder, welche aber von denen ausgeschlossen werden, die zur Zeit des Anfalls der Erbschaft schon geboren oder wenigstens koncipiert waren. Dies ist ganz gewiß gegen die Absicht des Erblassers".[2] So würde man in vielen Fällen, in welchen es blos auf die Interpretation des letzten Willens ankäme, nicht anstehen, auch nach dem Tode des Erblassers erzeugte Personen zu Erbschaft zuzulassen. Allein es handelt sich um eine Rechtsfrage und da diese nun einmal gegen eine solche Möglichkeit

1) Diese Ansicht vertreten: Heumann a. a. O. S. 291. Heimbach a. a. O. S. 22—28. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39 S. 406—423. Puchta § 450. Schirmer § 4 Note 2. Sintenis Bd. III §§ 160, 167 sub II. Windscheid Bd. III § 535. Arndts, Pand. § 471. v. Vangerow Bd. II § 411. v. Wächter Bd. II § 274. Seuffert, Pand. Bd. III § 533 A. 5. Koeppen, Lehrb. § 3 u. Syst. § 5 Note 38, u. A.

2) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 39 S. 417.

entschieden ist, so nützt es nichts, „eine gesetzlich unausführbare Absicht des Testierers durch Auslegung zu unterstellen".[1] „Wollte man aber die Billigkeit vorwalten lassen, so würde dadurch der Weg zu schrankenloser Willkür geöffnet"[2] und Unsicherheit und Verwirrung entstehen. Es kommt hinzu, daß die Erbfolge nicht ad infinitum ungewiß bleiben darf und daß durch ein Verlassen des bestimmten Zeitpunktes des Todes des Erblassers „der Zweck und die für den Begriff des Erbrechts unerläßliche Voraussetzung der ununterbrochenen Repräsentation unmöglich und letztere zerrissen würde".[3] Dem Testator aber, welcher eine erst künftig zu erzeugende Person zu seinem Erben einsetzen will, steht ein einfaches Mittel zur sicheren Erreichung seiner Absicht zur Seite, nämlich die Einsetzung derselben zum Fideikommißerben. Dieses Mittel verstößt weder gegen einen gesetzlichen Grundsatz, denn die zu Fideikommißerben Eingesetzten brauchen zur Todeszeit des Testators noch nicht erzeugt sein,[4] noch tritt dadurch eine Lücke in der Erbfolge ein.

Bei dieser Lage des Streites in dem Gebiete des gemeinen Rechts, wo die eine Partei mit Rücksicht auf die Billigkeit und den letzten Willen des Testators zu Gunsten der testatore moriente nondum concepti,

---

1) Holzschuher S. 482 sub 2.

2) Sintenis Bd. III § 167 II.

3) Sintenis, Bd. III § 162 A. 6.

4) l. 32 § 6 D. de leg. II; vergl. Windscheid Bd. III § 625; Seuffert, Pand. Bd. III § 543: „Daß postumi, die beim Tode des Erblassers noch nicht koncipiert sind, fideikommissarisch honoriert werden können, unterliegt keinem Zweifel." SA. Bd. IX Nr. 309, Bd. XXV Nr. 246.

die andere, sich auf die Rechtsordnung stützend, zu seinen Ungunsten entscheidet, ist es von Interesse zu erfahren, welche Stellung in den nicht gemeinrechtlichen Gebieten Deutschlands, in dem Gebiete des sog. kodifizierten Privatrechts zu dieser Streitfrage genommen wurde.

Nach dem preußischen Landrecht können zur Zeit des Erbfalles noch nicht erzeugte Personen zur Erbschaft berufen werden, denn nach § 43 I 12 dieses Gesetzes muß bei der Beurteilung der Erbfähigkeit auf die Zeit des Erbanfalls gesehen werden, auch wenn dieselbe vom Todestage des Erblassers verschieden ist.[1] In dem früheren Gebiete des Code civil war dagegen diese Möglichkeit ausgeschlossen, und zwar durch den Art. 725 dieses Gesetzes: „Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession. Ainsi sont incapables de succéder 1. Celui, qui n'est pas encore conçu." Zu Ungunsten des zur Todeszeit des Erblassers noch nicht Empfangenen entscheidet auch das BGB. für das Königreich Sachsen durch die Bestimmung des § 2008: „Nur wer beim Tode des Erblassers lebt, kann dessen Erbe werden. Von einer Leibesfrucht, welche bei dem Tode des Erblassers empfangen war und lebend zur Welt kommt, wird angenommen, daß sie beim Tode des Erblassers gelebt hat." Das österreichische Gesetzbuch gestattet die Erbeseinsetzung einer erst künftig zu erzeugenden Person, in der Weise, daß diese als Nacherbe eingesetzt wird.[2]

---

1) Vergl. Dernburg, Privatr. Bd. III § 100. Leske S. 1014.
2) Vergl. §§ 22, 274, 604, 668 dieses Gesetzes.

Erwähnt werden mag noch, daß das italienische Recht, das ebenso wie das gemeine Recht auf römisch-rechtlicher Grundlage beruht, wie Scherer[1] nachgewiesen hat, die testamentarische Erbfähigkeit eines zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht konzipierten postumus anerkennt. Wie jedoch Scherer selbst erklärt, war die italienische Doktrin und Praxis der Ansicht, daß nach reinem römischen Recht die Erbeseinsetzung einer solchen Person nichtig sei und daß die Gültigkeit dieser Erbeseinsetzung sich erst unter der Herrschaft des rezipierten römischen Rechts, des „ius receptum" ausgebildet habe.

Nach unserem BGB. kann ein nasciturus im Testament zum Erben eingesetzt werden. Diese Möglichkeit wird, wie schon erwähnt, durch den § 1923 Abs. 2 anerkannt. Im Entwurf erster Lesung war im § 1758 Abs. 1 besonders ausgesprochen, daß eine zur Zeit des Erbfalls bereits empfangene Person als Erbe eingesetzt werden kann. Im Gesetze selber sind die verschiedenen einzelnen, sich auf das Erbrecht des nasciturus beziehenden Bestimmungen des Entwurfs zu dem allgemeinen Grundsatz des § 1923 Abs. 2 zusammengezogen. Die rechtliche Bedeutung dieses Paragraphen ist für die testamentarische Erbfolge des nasciturus dieselbe, wie wir sie hinsichtlich seiner gesetzlichen Erbfolge kennen gelernt haben. Aus dem angezogenen Paragraphen ergiebt sich ferner, daß die zum Erben eingesetzte zukünftige Person zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht, auch nicht als Embryo zu existieren braucht, daß aber diese Person nicht Erbe werden kann, wenn sie nicht beim Tode des Erblassers wenigstens erzeugt ist.

1) a. a. S. 435—437.

Damit hat sich das BGB. der herrschenden Meinung des gemeinen Rechts angeschlossen. Jedoch wird das Gesetz auch der von gegnerischer Seite aufgestellten Forderung der Billigkeit dadurch gerecht, daß es die einmal geschehene Erbeseinsetzung einer beim Erbanfall noch nicht empfangenen Person als Nacherbeinsetzung aufrecht erhält. § 2101 Abs. 1 bestimmt: „Ist eine zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugte Person als Erbe eingesetzt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie als Nacherbe eingesetzt ist. Entspricht es nicht dem Willen des Erblassers, daß der Eingesetzte Nacherbe werden soll, so ist die Einsetzung unwirksam." Daraus, daß die Einsetzung als Nacherbe nur für den Zweifelsfall zugelassen ist und dieselbe für den Fall, daß sie dem Willen des Testators nicht entspricht, für unwirksam erklärt wird, ferner aus der Vorschrift des § 2070 nach welcher die Berufung von Abkömmlingen eines Dritten zur testamentarischen Erbfolge so aufzufassen ist, daß die zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Abkömmlinge im Zweifel nicht bedacht seien, geht hervor, daß das BGB. die Unzulässigkeit der testamentarischen Erbeseinsetzung der testatore moriente nondum concepti als Regel anerkannt haben will. Bei der aus Billigkeitsrücksichten erfolgten Anordnung der Nacherbfolge läßt sich das Gesetz von der Erwägung leiten, daß es in der Regel dem Willen des Testators entspreche, die nach § 1923 als Erbeseinsetzung unwirksame Verfügung als Einsetzung zum Nacherben aufrecht erhalten zu wollen. Auch entspricht es dem Wesen der Nacherbfolge, welche die Berufung zur Erbschaft von dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunktes oder Ereignisses abhängig macht,

daß auch die Person des Nacherben nach dem Ableben des Testators durch Zeugung und Geburt bestimmt werden kann.

Der § 2101 enthält einen Fall der Konversion eines Rechtsgeschäfts nach § 140; denn durch den zweiten Satz des Paragraphen ist die Einsetzung eines zur Zeit des Erbfalls noch nicht Erzeugten auch denn als Nacherbeinsetzung anzusehen, wenn die Auslegung der letztwilligen Verfügung dahin führt, daß der Testator an eine solche gar nicht gedacht hat, sondern nur an eine direkte Erbeinsetzung. Wenn sich nur annehmeu läßt, daß der Erblasser, falls er die rechtliche Unmöglichkeit der von ihm beabsichtigten Erbeseinsetzung gekannt hätte, eine Nacherbeinsetzung gewollt haben würde, wird die an sich unwirksame Erbeinsetzung als solche aufrecht erhalten. Steht es aber fest, daß der Testotor die Nacherbfolge nicht gewollt habe, so ist die letztwillige Verfügung unwirksam. Den Beweis dafür muß derjenige erbringen, der sich auf die Unwirksamkeit beruft und muß darauf gerichtet sein, daß die als Erbe berufene Person den Nachlaß nur erhalten solle, wenn sie vor dem Tode des Testators erzeugt worden sei.

Ist nun die Einsetzung einer noch nicht existierenden Person zum Erben, infolge der Vorschrift des § 2101 als Nacherbeinsetzung anzusehen, so gelten gemäß § 2105 die gesetzlichen Erben des Erblassers als zu Vorerben berufen. Mit der Geburt des Nacherben fällt diesem die Erbschaft nach § 2016 Abs. 2 an. Wenn aber von vornherein eine noch nicht erzeugte Person vom Testator als Nacherbe eingesetzt ist, sodaß der § 2101 nicht zur

Aushilfe herangezogen zu werden braucht, wird in Ermangelung besonderer Bestimmungen die Regel des § 2106 Abs. 1 Platz greifen müssen und die Erbschaft dem Nacherben erst mit dem Tode der Vorerben anfallen.

Selbstverständlich tritt hier und auch im Falle der Anwendung des § 2101 die zeitliche Beschränkung des § 2109 ein, sodaß also die Nacherbeinsetzung, wie die als Nacherbeinsetzung aufzufassende Erbeinsetzung einer beim Erbfall noch nicht empfangenen Person nur wirksam bleibt, wenn der Nacherbe innerhalb 30 Jahren nach dem Erbfalle erzeugt wird.[1]

Grundsätzlich werden also zur Todeszeit des Erblassers noch nicht konzipierte Personen als Erben vom BGB. nicht berücksichtigt. Von dieser Regel macht jedoch das Gesetz eine Ausnahme bei der schon erwähnten letztwilligen Zuwendung an die Abkömmlinge eines Dritten und zwar für den Fall, daß die Zuwendung unter einer aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermines gemacht wird. Alsdann soll nach § 2070 an Stelle des Zeitpunktes des Erbfalls der des Eintritts der Bedingung bezw. des Termines der maßgebende sein; sodaß, wenn der Erblasser die Abkömmlinge des Dritten ohne nähere Bestimmung bedacht hat, im Zweifel diejenigen Abkömmlinge nicht mitbedacht sind, die zur Zeit des Eintritts einer beigefügten Bedingung oder eines Anfangstermines noch nicht erzeugt sind, vorausgesetzt, daß Bedingung und Termin nach dem Erbfalle eintreten.

1) Die Geburt kann infolge der §§ 2108 und 1923 nach dem Ablauf der 30 Jahre erfolgen.

Außer Erbschaft und Nacherbschaft können dem nasciturus auch Vermächtnisse zufallen. Bezüglich der Nacherbschaft bestimmt § 2108, daß die Vorschriften des § 1923 auf dieselbe entsprechende Anwendung finden, sodaß also Nacherbe nur werden kann, wer zur Zeit des Eintritts des Falles der Nacherbfolge lebt, ein Nacherbe aber, der in diesem Zeitpunkt bereits erzeugt war, als vor dem Eintritt der Nacherbfolge geboren gilt. Daß der Nacherbe bereits zur Zeit des Erbfalls geboren bezw. erzeugt war, wird nicht gefordert. Koexistenz mit dem Erblasser ist also kein Gebot für den Nacherben.

Ebenso verhält es sich mit der Zuwendung von Vermächtnissen. Während im ersten Entwurfe des BGB ausdrücklich hervorgehoben wurde,[1] daß eine zur Zeit des Erbfalls empfangene Person mit einem Vermächtnisse bedacht werden kann, ergiebt sich dieses für das geltende Recht aus § 1923 Abs. 2. Aber auch einer zur Zeit des Erbfalls noch nicht erzeugten Person kann ein Vermächtnis hinterlassen werden. Beide Möglichkeiten bestanden schon im gemeinen Recht, das in dieser Hinsicht wiederum auf dem römischen beruht. Nach diesem konnte nur derjenige mit einem Vermächtnisse bedacht werden, welcher auch zum Erben eingesetzt werden konnte: „Legari autem illis solis potest, cum quibus testamenti factio est.“[2] Deshalb konnten in älterer Zeit nascituri, als personae incertae, nicht mit einem Legat honoriert werden. Erst mit der allmählich entstehenden Fähigkeit der postumi, zu Erben eingesetzt zu werden, bildete sich auch die Gültigkeit der Vermächtnisse an postumi nach und nach

1) § 1758 Abs. 1.
2) § 24 J. 2,20.

aus, zuerst hinsichtlich der Zuwendung an postumi sui, während die Zuwendung an postumi alieni bis auf Justinian rechtlich unmöglich blieb. Zwar konnten letzteren, wie allen der testamenti factio Beraubten, anfänglich Fideikommisse hinterlassen werden, weil Fideikommisse im Gegensatz zu Legaten incertis personis zugewandt werden konnten. Jedoch wurde auch dieses durch ein Hadrianisches Senatuskonsult verboten. „Olim", sagt Gaius,[1] „incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui, neque legari ei posset; sed senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis quod in legatis hereditatibusque constitutum est." Danach konnten also postumi alieni ebensowenig mit einem Fideikommiß, wie mit einem Legat honoriert werden. Diese Beschränkung wurde von Justinian durch die constitutio de incertis personis aufgehoben, indem den Vermächtnissen an postumi alieni, Legaten und Fideikommissen, ebenso wie der testamentarischen Erbeseinsetzung solcher postumi, volle civilrechtliche Gültigkeit beigelegt wurde.[2] Während nun aber aus einem Testament nur erben kann, wer zur Zeit des Todes des Testators mindestens erzeugt ist, kann ein Vermächtnis auch einer künftigen,

1) Inst. II § 287.

2) § 27 J. 2,20. Aus diesem Zusammenhange erklärt sich auch vollständig die schon oben S. 49 kritisierte Äußerung des Kaisers im § 28 J. eod.: „Postumus autem alienus heres institui et antea poterat et nunc potest." Justinian hat damit sagen wollen, daß die Erbeinsetzung eines postumus alienus schon früher, nämlich nach prätorischem Erbrecht erlaubt gewesen sei, im Gegensatz zu der Möglichkeit, dem postumus Legate zu hinterlassen, was auch vom Prätor nicht zugelassen war.

beim Tode des Erblassers noch nicht konzipierten Person wirksam hinterlassen werden.[1] Es liegt kein Grund vor, hier das Erfordernis der Konzeption im Augenblicke des Ablebens des Testators aufzustellen, wie bei der unmittelbaren Erbfolge, in Ansehung welcher dasselbe wegen des Grundsatzes der Unmittelbarkeit der Nachfolge Bedeutung hat.

Auch nach dem BGB. ist Koexistenz mit dem Erblasser für den Vermächtnisnehmer, wie schon erwähnt, kein Erfordernis, was sich aus den §§ 2162 Abs. 2 und 2178 ergiebt. Um aber die Unzuträglichkeiten zu verhüten, die durch ein allzulanges Zurückhalten des Vermächtnisses entstehen, ist, ebenso wie hinsichtlich der Nacherbfolge,[2] in § 2162 Abs. bestimmt, daß das Vermächtnis mit dem Ablauf von 30 Jahren unwirksam wird, wenn der Bedachte nicht vorher erzeugt ist.[3] Das Vermächtnis fällt dann dem Bedachten gemäß § 2178 mit seiner Geburt an. Dagegen gilt der § 2178 nicht für den Fall, daß der Bedachte zur Zeit des Erbfalles schon erzeugt, aber noch nicht geboren ist. In diesem Falle tritt der Anfall des Vermächtnisses nicht erst mit der Geburt ein, sondern er wird auf die Zeit des Erbfalles zurückbezogen, sodaß es dann bei der Regel des § 2176 bleibt. Das geht daraus hervor, daß der Grundsatz des § 1923 Abs. 2 auch auf Vermächtnisse Bezug hat. Im Entwurf erster Lesung war noch in einem besonderen Paragraphen, § 1867 Abs 2 No. 2, ausgesprochen: „Der Anfall erfolgt, wenn eine zur Zeit des

1) l. 32 § 6 D. de leg. II; l. 22 C. 6,37.
2) § 2109.
3) Ausgenommen in den Fälleu des § 2163.

Erbfalles noch nicht empfangene Person mit dem Vermächtnisse bedacht ist, mit der Geburt derselben; wer zur Zeit des Erbfalles bereits empfangen war, ist als schon vor dem Erbfalle geboren anzusehen."

Der nasciturus kann also Erbe werden, sowohl auf dem Wege der gesetzlichen wie auch der gewillkürten Erbfolge; er kann ferner Nacherbe werden und als Vermächtnisempfänger bestimmt sein. In allen Fällen wird der erst mit seiner Geburt eintretende Rechtserwerb auf den Zeitpunkt des Erbfalles zurückbezogen, indem der nasciturus gemäß § 1923 Abs. 2 als vor diesem Zeitpunkt geboren gilt. Anders verhält es sich mit dem zur Zeit des Erbfalles noch nicht Empfangenen. Auch er kann in einem Testament zum Nacherben eingesetzt und mit einem Vermächtnisse bedacht werden. Auch ihm fallen Nacherbschaft und Vermächtnis erst mit seiner Geburt an. Von einer dem § 1923 Abs. 2 entsprechenden Rückziehung ist jedoch keine Rede. Bei der Nacherbschaft sind zwar bis zur Geburt des Nacherben die Vorerben Eigentümer und damit Subjekt der Erbschaft. Aber das Recht auf die Nacherbfolge besteht wie das Recht auf das Vermächtnis bereits seit dem Erbfalle. Es ergeben sich ferner aus der gesetzlichen Beschränkung des Vorerben Rechte, die schon während der Vorerbschaft den noch nicht Empfangenen zustehen und deren Wahrung dem nach § 1913 zu bestellenden Pfleger obliegt. Es sind also Rechte ohne Subjekt vorhanden.

Die Motive freilich nehmen an, „daß eine zu den Nacherben gehörende Person, welche noch nicht empfangen ist, in Ansehung der dem Nacherben während der Vor-

erbschaft zustehenden Rechte rechtsfähig ist."[1] Aber eine solche Annahme bedeutet geradezu eine Ausnahme von dem Grundprinzipe des § 1, die ohne eine besondere gesetzliche Bestimmung doch wohl unzulässig ist.

Auch die Annahme einer ruhenden Erbschaft verbietet sich hier, und zwar schon deshalb, weil der ganze Nachlaß im Eigentum der Vorerben steht. Noch weniger wie der nasciturus kann der noch nicht Empfangene als juristische Person aufgefaßt werden. Endlich reicht auch die Auffassung der zur Wahrung der Nacherbschaft und des Vermächtnisses anzuordnende Pflegschaft als Treuhänderschaft nicht aus, diesen Rechten ein Subjekt zu konstruieren, denn auch diese Pflegschaft wird immer nur im Bedürfnisfalle bestellt. Somit bleiben diese Rechte, da wir auch nicht einmal ein fingiertes Subjekt für sie haben, subjektlos und der im gemeinen Rechte lebhaft geführte Streit über die Möglichkeit des Bestehens subjektloser Rechte wäre für das geltende Recht dahin zu entscheiden, daß solche Rechte möglich sind.[2]

## § 5.

### Der Rechtserwerb des nasciturus im Obligationenrecht.

Einen Rechtserwerb des nasciturus im Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse läßt der § 844 zu, indem er dem nasciturus, wie einem bereits lebenden Menschen, einen Schadensersatzanspruch gegen denjenigen einräumt, der eine Person getötet hat, die ihm kraft Gesetzes

1) Bd. V S. 113.
2) Vergl. Endemann Bd. I S. 97.

unterhaltspflichtig war. In den Worten des Gesetzes: „Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren ist“ liegt eine Anerkennung des gemeinrechtlichen Satzes „nasciturus pro jam nato habetur, quotiens de commodis ejus agitur“ für den besonderen Fall, daß eine dem nasciturus gegenüber unterhaltsflichtige Person getötet worden ist. Da das BGB. den allgemeinen Satz, wonach der Empfangene, auch vom Erbfall abgesehen, soweit es für ihn vorteilhaft ist, wie ein bereits Geborener behandelt wird, nicht aufgenommen hat, bedurfte es in diesem Falle noch einer besonderen Bestimmung, wie sie denn auch in dem letzten Satze des § 844 Abs. 2 gegeben ist. Die Konstruktionsfrage und die damit zusammenhängende Frage nach dem Verhältnis dieser Bestimmung zu dem Grundsatz des § 1 erledigen sich also in diesem Falle des Rechtserwerbes des nasciturus in derselben Weise wie hinsichtlich des Erbrechts des noch nicht lebenden, aber bereits erzeugten Menschen. Wer zur Zeit der Verletzung einer ihm alimentstationspflichtigen Person noch nicht lebte, aber bereits erzeugt war gilt als vor der Verletzung geboren. Es ist also ein fingiertes Subjekt der Träger des Alimentationsanspruches. Selbstverständlich gilt die Fiktion auch hier immer nur unter der Voraussetzung der lebenden Geburt des nasciturus. Bis dahin wird der Anspruch auf Schadensersatz vorbehalten. Insofern ist derselbe eins von den künftigen Rechten des § 1912, zu deren Wahrung nötigenfalls ein Pfleger zu bestellen ist.

Entscheidend für die Entstehung des Anspruchs ist das Vorhandensein des nasciturus im Augenblicke der

Verletzung des Unterhaltspflichtigen. Ein von diesem in der Zeit zwischen der Verletzung und dem Tode erzeugter Embryo ist demnach nicht ersatzberechtigt. Weitere Voraussetzung des Anspruchs auf Schadenersatz ist, daß der Getötete kraft Gesetzes und nicht auf Grund eines Vertrages oder sonstigen Rechtsgeschäftes Unterhalt zu gewähren verpflichtet war. Ferner kann der Schadenersatz nur dann beansprucht werden, wenn in Folge des Todes des Unterhaltspflichtigen das Recht auf den Unterhalt entzogen ist. Es ist demnach ein Ersatz dann nicht zu leisten, wenn die Erben des Getöteten unterhaltspflichtig bleiben, was z. B. bei dem gesetzlichen Alimentationsanspruche eines unehelichen nasciturus gegen seinen Erzeuger der Fall ist. Nur soweit in diesem Falle der Unterhaltsberechtigte weniger erhält, als er von dem Getöteten erhalten haben würde, wenn dieser am Leben geblieben wäre, tritt die Ersatzpflicht des Verletzenden nach Maßgabe des § 844 Abs. 2 ein.

Auf Grund des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 erhält nach der Fassung des Art. 42 § 3 EG. z. BGB. der nasciturus einen Schadenersatzanspruch gegen die Betriebsunternehmer, bezw. gegen die aus diesen gebildeten Berufsgenossenschaften, wenn in deren Betriebe eine Person getötet worden ist, die ihm unterhaltspflichtig war, in derselben Weise und unter denselben näheren Voraussetzungen, wie nach § 844.

Eine weitere Möglichkeit der Begründung von Rechten für noch nicht Geborene ergiebt sich aus dem zweiten Absatze des § 331. Danach kann bei einem Vertrage zu Gunsten Dritter der Versprechensempfänger sich für einen erst in Zukunft zu erwartenden Dritten

ein bindendes Versprechen geben lassen. Also für einen nasciturus, wie auch für einen noch nicht einmal Empfangenen kann auf solche Weise ein Recht begründet werden. Die gemeinrechtliche Streitfrage, wann bei einem Vertrage zu Gunsten Dritter der Dritte ein selbständiges und unentziehbares Recht auf die Leistung erhalte, entscheidet das BGB. in § 328 dahin, daß dieses Recht nicht erst durch die Beitrittserklärung des Dritten, sondern unmittelbar mit dem Vertragsschlusse entstehe, wenn die Vertragsparteien nicht ein anderes bezwecken. Ist der Dritte in diesem Zeitpunkte noch nicht am Leben, so kann er zwar das Recht auch nicht erwerben; dieses wird erst mit seiner Geburt geschehen. Aber die Begründung des Rechts ist nicht davon abhängig, daß der Dritte schon existiert. Nehmen wir z. B. an, daß bei einem Versicherungsvertrage der Versicherungsnehmer sich ausbedungen hat, daß die Versicherungssumme bei seinem Tode den Kindern seines Bruders zufallen soll und daß zu dieser Zeit noch keine Kinder vorhanden sind. In solchen Fällen, heißt es bei Planck,[1] „entsteht zwar ein Recht eines Dritten noch nicht — dies ist nicht möglich, weil der Dritte noch nicht existiert — aber es entsteht eine Gebundenheit des Versprechenden, in Folge deren mit der Geburt des Dritten das Recht desselben auf die Leistung zur Entstehung gelangt." Ähnlich Hellwig:[2] „Es bestehe ein eigentümlicher Zustand der Gebundenheit zu einer Leistung ohne ein entsprechendes Recht, vielmehr nur mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß ein solches

1) Zu § 331 sub 2.
2) S. 213.

Recht zur Entstehung kommen könnte." Das ist u. E. nicht richtig. Das Recht auf die Versicherungssumme entsteht nicht erst mit der Geburt eines Kindes, sondern mit dem Tode des Versprechensempfängers. Bei der Geburt fällt es dem Kinde nur an, aber es besteht schon früher. Wir haben hier die gleiche Situation wie im Erbrecht, wenn eine in Zukunft erwartete Person mit einem Vermächtnisse bedacht und diese Person auch beim Tode des Erblassers noch nicht geboren ist. Das Vermächtnis entsteht mit dem Tode des Erblassers, aber es fällt dem Bedachten erst mit seiner Geburt an, d. h. die Auslieferung des Vermächtnisses ist bedingt durch die Geburt des Bedachten. Ebenso ist es in unserem Beispiele. Das Recht auf die Versicherungssumme entsteht mit dem Tode des Versicherungsnehmers, nur die Auszahlung derselben hängt davon ab, ob und wann ein Kind zur Welt kommt. Die Analogie beider Fälle gestattet uns nun die Anwendung, der für den erbrechtlichen Fall gegebenen Bestimmungen auch auf das Rechtsverhältnis in unserem Beispiele. Danach gilt das zur Zeit des Todes des Versicherungsnehmers noch nicht ebende, aber bereits empfangene Kind als vor diesem Zeitpunkt geboren. Es ist also bei einem Vertrage zu Gunsten Dritter, wenn der dritte nasciturus ist, ein fingiertes Subjekt der Träger des durch den Vertrag begründeten Rechtes. Im anderen Falle, wenn der Dritte nicht einmal nasciturus ist, haben wir einen weiteren Beweis für die Möglichkeit des Bestehens subjektloser Rechte.[1] Eine Begrenzung von 30 Jahren, nach Ablauf welcher das einer noch nicht existierenden

1) Vergl. Endemann Bd. I S. 97.

Person zugedachte Vermächtnis unwirksam wird, wenn nicht vorher die Erzeugung dieser Person erfolgt ist, besteht für das Versprechen einer Leistung zu Gunsten eines noch nicht geborenen Dritten nicht. Für eine solche Beschränkung liegt kein praktisches Bedürfnis vor.

## § 6.

## Der Rechtswerb des nasciturus im Familienrecht.

Von einem Rechtserwerb des nasciturus im Familienrecht kann insofern die Rede sein, als der nasciturus der Träger von Personenrechten ist.

Der nasciturus gilt als verwandt mit seiner Mutter und den mütterlichen Verwandten, mag die Konzeption in oder außer einer Ehe erfolgt sein. Mit dem Vater und den väterlichen Verwandten gilt er ebenfalls als verwandt, wenn die Erzeugung in einer bestehenden Ehe oder in einer Putativehe erfolgt ist. Fällt aber die Erzeugung in die Zeit vor der Ehe und die Geburt in die Zeit nach Abschluß der Ehe, so datiert das Verwandtschaftsverhältnis zum Vater erst von dem Augenblicke des Eheschlusses an. Der außer einer Ehe erzeugte nasciturus gilt nicht als mit dem Erzeuger verwandt. Die Verwandtschaftsverhältnisse des nasciturus sind von Bedeutung für das Erbrecht, da der bei einem Erbfalle vorhandene nasciturus ebenso zu berücksichtigen ist, wie ein bereits Lebender und die gesetzliche Erbfolgeordnung des BGB. auf der Verwandtschaft beruht.

Alle übrigen Vorschriften des Familienrechts, die eine Berücksichtigung des nasciturus enthalten, kennzeichnen sich als Schutzvorschriften und sind daher später zu erörtern.

# II. Teil.
# Die gesetzlichen Schutzvorschriften.

## § 7.

### Die Schutzvorschriften des Erbrechts.

Das BGB. schließt durch den § 2043 die sonst jederzeit mögliche Auseinandersetzung unter Miterben aus, wenn ein erbberechtigter nasciturus darunter ist. Da es in solchen Fällen ungewiß ist, ob überhaupt ein lebendes Kind zur Welt kommt oder ob nicht mehrere Kinder lebend geboren werden und infolgedessen eine Unbestimmtheit hinsichtlich der Zahl der Miterben und der Höhe ihrer Erbteile entsteht, so ist der Aufschub der Auseinandersetzung bis zum Ausgange der Schwangerschaft, also bis zur Hebung der Unbestimmtheit, als dem Interesse aller Miterben und somit auf demjenigen des nasciturus dienend anzusehen. Insofern ist also die Vorschrift des § 2043 als Schutzvorschrift zu bezeichnen.

Mit dieser Bestimmung weicht das BGB. von dem gemeinen Rechte ab, welches auf Grund des römischen Rechts die Teilung der Erbschaft unter der Annahme zuließ, daß drei Kinder geboren würden. Es wurden demnach bei der Teilung drei Erbteile für den nasciturus zurückbehalten. Diese Vorschrift beruht auf l. 3 und l. 4 D. 5, 4, l. 7 pr. D. 34, 5, l. 36 D. 46. 3, aus welchen hervorgeht, daß sich die römische Praxis nach

längerem Schwanken für die Vermutung der Drillingsgeburt entschieden hat, nachdem unter Hadrians Regierung eine Frau sogar mit fünf Kindern niedergekommen war. Die auf Grund dieser Vermutung vorgenommene Nachlaßverteilung war jedoch nur eine vorläufige und mußte, wenn durch die spätere Geburt mehr oder weniger Kinder zur Welt kamen, von neuem vorgenommen werden.

Die ins gemeine und auch ins sächsische bürgerliche Recht[1] übergegangene Regel hat das BGB., wie vor ihm das preußische Landrecht[2] nicht aufgenommen, sondern die Auseinandersetzung durch § 2043 ganz ausgeschlossen. Beide Vorschriften bringen Nachtheile mit sich. Vom gesetzgeberischen Standpunkte aus fragt es sich jedoch, welche von beiden den Vorzug verdient. Da nun aber die Möglichkeit einer Geburt von Drillingen eine sehr geringe ist und die römische Regel in fast allen Fällen eine Nachtragsteilung veranlaßt, so erscheint demgegenüber „die Ausschließung auf eine verhältnismäßig kurze Zeit für den Erben als das geringere Übel und für die Nachlaßgläubiger als entschiedener Vorteil".[3]

Die Auseinandersetzung unter den Miterben ist jedoch gemäß § 2043 nur insoweit ausgeschlossen, als die infolge des Vorhandenseins eines Embryo entstehende Ungewißheit einwirkt und eine Unbestimmtheit der Erbteile veranlaßt. Es ist demnach, wenn z. B. die Geburt eines Enkels des Erblassers zu erwarten ist, der mit seinen schon lebenden Geschwistern zusammen auf einen Stammteil berufen ist, die Auseinandersetzung nur be-

1) SBGB. §§ 2293, 2344.
2) ALR. I 9 § 380.
3) Planck zu § 2043 sub 1; vergl. auch § 1963 BGB.

züglich dieses Stammteiles aufzuschieben, während sie im übrigen jederzeit nach dem Erbfalle vorgenommen werden kann.[1]

Im Interesse des nasciturus ist auch die Vorschrift des § 1963 gegeben. Sie bezweckt eine gesetzliche Fürsorge für den noch ungeborenen Erben. „Das Kind soll" — wie die Motive sich ausdrücken — „in der Mutter geschützt werden, indem für diese gesorgt wird".[2] Die denselben Zweck verfolgende gemeinrechtliche missio in possessionem ventris nomine hat das BGB., wie fast alle neueren Gesetzgebungen,[3] aufgegeben und dieselbe durch jenen Paragraphen ersetzt. Nach gemeinem Recht hatte die Mutter, wenn sie beim Tode des Erblassers mit einem Kinde desselben schwanger war, das im Falle seiner Geburt Erbe werden konnte, das Recht, für die Dauer ihrer Schwangerschaft aus dem Erbteile des Kindes Alimente zu verlangen und konnte sich zu diesem Zwecke, auf Grund des prätorischen Ediktes über die missio ventris nomine, in die vakante Erbschaft ein weisen lassen.

Eine andere Auffassung dieses Ediktes wollte dem noch ungeborenen Erben den vorläufigen Erbschaftsbesitz und damit Persönlichkeit zuschreiben.[4] Der Satz nasciturus pro jam nato habetur genügt jedoch, wie wir oben gesehen haben, zu solchen Annahmen nicht Allerdings scheint der Wortlaut der Quellen jene Auffassung zu unterstützen, wenn es heißt: „venter in

1) Mot. Bd. V S. 690. Windscheid Bd. III S. 483.
2) Bd. V S. 489.
3) Vergl. Mot. V S. 490.
4) Vergl. Bachofen S. 328 fg. Pernice S. 200. Dernburg Pand. Bd. III S. 323 A. 15 u. Pfandr. S. 405.

possessionem mittitur, ventrem cum liberis in possessionem esse jubeo",[1] und „qui in utero est in possessionem mittitur",[2] denn venter bezeichnet den nasciturus, nicht die schwangere Frau. Dagegen heißt es in l. 1 § 14 D. 37,9: „mulier ventris nomine in possessionem mittitur" und die überwiegende Meinung geht deshalb auch dahin, daß der Zweck der missio in possessionem nicht die Sicherung des Erbrechts des nasciturus ist, sondern der, einer beim Tode des Erblassers von diesem schwangeren Frau aus der Erbschaft Unterhalt zu gewähren, um der Erhaltung des Kindes und künftigen Erben willen. Deshalb wird nicht der Embryo, sondern die Mutter in den Besitz der Erbschaft eingewiesen. Ob das von der Frau zu gebärende Kind aus einem Testament oder gesetzlich zur Erbschaft berufen ist, macht keinen Unterschied. Die Mutter kann die Einweisung in den Besitz immer verlangen, wenn das erwartete Kind zu den Descendenten des Erblassers gehört; anderenfalls nur dann, wenn sie außer Stande ist, sich in anderer Weise ihren Unterhalt zu verschaffen.[3] Zur Feststellung und Auszahlung der Alimente an die Schwangere wird in der Regel ein curator ventris bestellt.[4] Die Fürsorge aber für den Ungeborenen liegt dessen curator ob. Curator bonorum und curator ventris kann dieselbe Person sein.[5]

Nach dem BGB. kann die Schwangere nicht mehr Einweisung in den Nachlaß verlangen, wohl aber hat

1) l. 121 D. de leg. I; l. 13 § 3 D. 40,4.
2) l. 2 § 11 D. 38,17.
3) l. 6 D. 37,9, vergl. auch Windscheid Bd. III § 618 A. 3.
4) l. 1 § 17 D. eod.
5) l. 1 § 18 D. eod.

sie Anspruch auf standesgemäßen Unterhalt aus dem Nachlasse bezw. aus dem Erbteile des nasciturus bis zur Entbindung. Weil aber der Zweck dieser Vorschrift der Schutz des Ungeborenen ist und ein Grund zur Fürsorge für denselben nur dann vorliegt, wenn die Mutter ihren Unterhalt nicht selbst zu bestreiten vermag, so hat die Mütter jenen Anspruch nur im Bedürfnisfalle. Aus demselben Grunde steht nicht nur der Witwe des Erblassers, sondern jeder Mutter eines zu erwartenden Erben der Anspruch auf Alimentation aus der Erbschaft zu. Anders aber, als im gemeinen Recht besteht dieser Anspruch, auch wenn das Kind ein Abkömmling des Erblassers ist, immer nur dann zu Recht, wenn die Mutter sich nicht selbst unterhalten kann. Zu befriedigen ist der Anspruch aus dem Nachlaß oder, wenn außer dem nasciturus noch andere Personen als Erben berufen sind, aus dem Erbteile des Kindes. Bei der Bemessung des Erbteiles ist anzunehmen, daß nur ein Kind geboren wird. Eine weitere Voraussetzung des Anspruchs der Mutter ist, daß der nasciturus mit seiner Geburt Erbe wird; die Mutter kann also keine Alimentation aus der Erbschaft verlangen, wenn ihre Leibesfrucht aus einer Zeugung herrührt, welche dieselbe von der Erbberechtigung ausschließt. Gleichgültig aber ist es, ob die Erbberechtigung auf Testament, Erbvertrag oder Gesetz beruht.

Nach § 2141 hat auch die beim Eintritt des Falles der Nacherbfolge mit dem Nacherben schwangere Mutter Anspruch auf Unterhalt aus dem Nachlasse.

Wenn beim Tode des Erblassers ein erbberechtigter nasciturus vorhanden ist, muß, da das Erbrecht demselben auf die Zeit seiner Geburt vorbehalten wird,

dafür gesorgt werden, daß er auch wirklich zu seinem vollen Rechte kommt. Die Art und Weise, wie dies zu geschehen hat, ergiebt sich aus § 1960 BGB. Danach hat das Nachlaßgericht für die Sicherung des Nachlasses Fürsorge zu treffen. Auf Grund des zweiten Absatzes dieses Paragraphen kann das Gericht die Fürsorge einem Pfleger, dem sogenannten Nachlaßpfleger, übertragen. Aus den Worten „Pfleger für denjenigen, welcher Erbe wird" geht hervor, daß die Nachlaßpflegschaft, wie dies bei dem Grundsatze des Erbschaftserwerbs kraft Gesetzes auch nicht anders sein kann, eine cura personae nicht cura rei ist.[1] Deshalb sind auf die Nachlaßpflegschaft auch im allgemeinen die Vorschriften der Pflegschaft anwendbar und da auf diese gemäß § 1915 die für die Vormundschaft geltenden Bestimmungen entsprechende Anwendung finden, so unterliegt auch die Nachlaßpflegschaft für den nasciturus den allgemeinen Vorschriften des Vormundschaftsrechts, soweit sich nicht aus den §§ 1915 fg. ein anderes ergiebt. Das war im § 2060 des Entwurfes erster Lesung noch besonders ausgesprochen, vom Gesetze selber aber als selbstverständlich nicht aufgenommen.[2] Daß das BGB. aber auf demselben Standpunkt steht, wie der erste Entwurf geht aus dem § 1962 hervor, welcher bestimmt, daß für die Nachlaßpflegschaft an die Stelle des Vormundschaftsgerichts das Nachlaßgericht treten soll.

Die Thätigkeit des Nachlaßpflegers besteht hauptsächlich in der Erhaltung und Verwaltung[3] des Nachlasses, zu welchem Zwecke er Verbindlichkeiten mit Wirksamkeit für den Erben eingehen kann; insbesondere

1) Vergl. Mot. Bd. V S. 545, 548.
2) Vergl. Mot. Bd. V S. 548.
3) Vergl. § 2017 BGB.

ist er zur gerichtlichen Vertretung des heres nasciturus gegenüber allen Ansprüchen, die gegen diesen geltend gemacht werden, befugt. Er ist aber nicht, wie früher nach dem preußischen Landrecht,[1] dazu ermächtigt, über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft bindende Erklärungen abzugeben. Er kann gar nicht in die Lage kommen, sich darüber entscheiden zu müssen, denn der Anfall der Erbschaft an den nasciturus tritt erst mit dessen Geburt, wenn auch rückwirkend, ein, mit der Geburt aber endigt nach § 1918 Abs. 2 die Pflegschaft. Ebensowenig ist der Nachlaßpfleger zur Führung von Rechtsstreitigkeiten über das Erbrecht des nasciturus selbst befugt, denn er ist nicht der gesetzliche Vertreter einer bestimmten Person, sondern desjenigen, der sich schließlich als Erbe herausstellt[2] oder, wie das Gesetz sagt, der Erbe „wird". Der Nachlaßpfleger hat also, wenn der nasciturus zur Welt kommt, für diesen, wenn dies nicht der Fall ist, für den Nächstberufenen, oder, wenn dieser ausschlägt, für den nächst diesem Berufenen gehandelt. Während aber im ersten Falle, wenn das lebend geborene Kind Erbe geworden ist, die Rechtshandlungen des Pflegers für und gegen dasselbe wirksam bleiben, werden sie, wenn der Nächstberufene Erbe geworden ist, rückwärts unwirksam, denn in diesem Falle waren, da der Anfall der Erbschaft an den Nächstberufenen als mit dem Erbfalle erfolgt gilt, die von dem Pfleger wahrgenommenen Rechte die Rechte des Nächstberufenen und der Verfügung des Pflegers ebensogut entzogen, wie andere Rechte des Nächstberufenen.[3]

1) Vergl. I 9 472.
2) Vergl. Mot. Bd. V S. 550, 551.
3) Vergl. Binder S. 191 fg.

## § 8.

### Die Schutzvorschrift des Obligationenrechtes.

Die Wahrung der gemäß § 844 Abs. 2 und Art. 42 § 3 mit der Verletzung einer dem nasciturus unterhaltspflichtigen Person entstehenden Alimentationsansprüche und der sich aus den Verträgen auf Leistung an noch nicht geborene Dritte ergebenden Rechte, ist Sache eines nach § 1912 zu bestellenden Pflegers. Das Nähere über diese Pflegschaft gehört, da dieselbe ein familienrechtliches Institut ist, in den folgenden Paragraphen.

Als obligationsrechtliche Schutzvorschrift dagegen kennzeichnet sich die Bestimmung des § 331 Abs. 2, aus welchem, wie wir oben sehen, sich die Zulässigkeit der Verträge zu Gunsten noch ungeborener Dritter ergiebt. Der Paragraph nimmt den Erben des Versprechensempfängers die Befugnis, das Leistungsversprechen an den noch nicht geborenen Dritten durch Vereinbarung mit dem Versprechenden aufzuheben bezw. abzuändern, als dem Willen des Versprechensempfängers nicht entsprechend; denn er läßt eine solche Vereinbarung nur zu, wenn die Befugnis der Aufhebung bezw. Abänderung von den vertragschließenden Parteien besonders vorbehalten ist.

## § 9.

### Die Schutzvorschriften des Familienrechts.

Eine besondere Schutzvorschrift für den unehelichen nasciturus enthält der § 1716. Danach kann auf Antrag der Mutter eines solchen durch einstweilige Ver-

fügung angeordnet werden, daß der Vater den für die drei ersten Monate dem Kinde zu gewährenden Unterhalt angemessene Zeit vor der Geburt zu hinterlegen hat. Grundsätzlich kann die Erfüllung des Alimentationsanspruches nicht schon vor der Geburt verlangt werden, selbst seine Entstehung ist noch ungewiß. Der § 1716 aber gewährt die Möglichkeit einer Sicherstellung des Anspruchs schon vor der Geburt des Kindes. Zur Geltendmachung dieses Rechts ist die Mutter namens des Kindes legitimiert. Es bedarf deshalb für diesem Fall nicht der Bestellung eines Pflegers. Zur Begründung des Antrages auf Erlaß der einstweiligen Verfügung ist die Glaubhaftmachung der Schwangerschaft und der Vaterschaft desjenigen, gegen den der Anspruch gerichtet ist, durch die Mutter erforderlich. Der Glaubhaftmachung einer Gefährdung des Alimentationsanspruches bedarf es zur Erlassung der einstweiligen Verfügung nach § 1716 Abs. 2 nicht.

Dem Interesse des nasciturus dient auch die Vorschrift des § 1777 Abs. 2, wonach es dem Vater desselben unter Umständen gestattet ist, durch eine letztwillige Verfügung einen Vormund zu benennen. Es kommt für diese Möglichkeit darauf an, daß das erst nach dem Tode des Vaters zur Welt kommende Kind, wenn es im Augenblicke des Todes des Vaters gelebt hätte, in dessen voller elterlicher Gewalt gestanden hätte.

Nicht berücksichtigt wird der nasciturus in solchen Fällen, in welchen, um von einer Vormundschaft befreit zu sein, eine bestimmte Anzahl von Kindern erforderlich ist.[1] Nach seiner Geburt kann jedoch gemäß

1) BGB. § 1786; Pr. Vormundschaftsordnung § 33; l. 23 § 6 D. 27,1.

§ 1889 die Aufhebung der Vormundschaft beantragt werden. Ferner schließt das Vorhandensein eines nasciturus die Annahme an Kindesstatt nach § 1741 nicht aus. Jedoch darf der Verheiratete nur mit Einwilligung seines Ehegatten an Kindesstatt annehmen. (§ 1746).

Ein um eines erst konzipierten Menschen willen bestehendes Familienrechtsverhältnis ist die nach § 1912 zur Wahrung der künftigen Rechte der Leibesfrucht bestellte Pflegschaft. Der Paragraph giebt die Form an, wie für die Erhaltung der Rechte, die dem noch ungeborenenen Menschen zustehen, zu sorgen ist. Zur Wahrung des dem nasciturus zustehenden Erbrechts dient, wie wir gesehen haben, die Nachlaßpflegschaft. Die Bestellung einer Pflegeschaft nach § 1912 wird insbesondere in Frage kommen, wenn eine zur Zeit des Erbfalls empfangene, aber noch nicht geborene Person als Nacherbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnisse bedacht ist; ferner in allen anderen Fällen, in welchen Rechte für einen nasciturus begründet werden können. Voraussetzung für die Errichtung einer solchen Pflegschaft ist, daß ein Bedürfnis dazu vorliegt, was namentlich dann nicht der Fall sein wird, wenn der nasciturus nach seiner Geburt unter elterliche Gewalt kommt. In solchen Fällen steht die Fürsorge für die Rechte des nasciturus dem Vater oder der Mutter desselben als ein Ausfluß der elterlichen Gewalt zu.

Die im § 1912 geregelte Pflegschaft für eine Leibesfrucht entspricht der gemeinrechtlichen cura bonorum ventris nomine. Neben dieser gab es im gemeinen Recht die cura ventris, welche dem Kurator die Sorge

dafür übertrug, daß die Schwangere den nötigen Unterhalt aus der Erbschaft erhielt und die, wie wir oben gesehen haben, in ursprünglichem Zusammenhang mit der missio in possessionem ventris nomine stand. Obwohl also beide Kuratelen begrifflich von einander verschieden sind, vereinigte doch gewöhnlich ein und derselbe Kurator beide Funktionen in seiner Person.[1] Jetzt ist die cura ventris von jedem Zusammenhang mit dem Erbrecht des nasciturus gelöst und der schwangeren Mutter ein obligatorischer Anspruch auf Unterhalt unter gewissen Voraussetzungen zuerkannt, während die cura selbst zu einer den Schutz der rechtlichen Interessen des nasciturus bezweckenden Pflegschaft umgestaltet und für die erbrechtlichen Ansprüche die besondere Nachlaßpflegschaft eingeführt worden ist. Beide, Pflegschaft und Nachlaßpflegschaft können nebeneinander für denselben nasciturus angeordnet werden, da sich ihre Aufgaben ja nicht decken. Sie können aber auch beide in der Hand eines Pflegers vereinigt werden. Ob eine solche Vereinigung zweckmäßig ist, hängt von den Umständen ab.[2]

Der Pfleger einer Leibesfrucht ist gemäß § 1915 der gesetzliche Vertreter derselben. Da aber die Leibesfrucht noch nicht rechtsfähig ist, sondern ihr nur gewisse Rechte vorbehalten werden, so beschränkt sich die Aufgabe des Pflegers darauf, daß diese Rechte bis zur Geburt des Embryo unversehrt bleiben und erstreckt sich nicht auf den sonstigen Erwerb von Rechten. Der Pfleger ist also nicht Vertreter in vollem Umfange, sondern hat nur innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises die

1) Vergl. oben S. 50.
2) Vergl. Mot. V S. 553 sub III.

Befugnisse eines solchen. Er ist namentlich nicht berechtigt, den nasciturus durch Verträge, etwa durch Kaufverträge, zu berechtigen und zu verpflichten. Dagegen liegt kein Grund vor, weshalb nicht der Pfleger eine Schenkung für die Leibesfrucht annehmen sollte.

Während nun aber einige Gesetze die Pflegschaft nur für die Leibesfrucht einer Witwe zulassen,[1] macht das BGB. im Anschluß an das gemeine Recht und an die preußische Vormundschaftsordnung[2] keinen Unterschied zwischen einem ehelichen und unehelichen nasciturus, sodaß auch eine Pflegschaft für letzteren anzuordnen ist, sobald sich aus irgend einem Grunde ein Bedürfnis dazu ergiebt.

Der Pfleger für den unehelichen nasciturus wird namentlich eine Vereinbarung mit dem Erzeuger über den dem Kinde zu leistenden Unterhalt oder eine an Stelle desselben zu gewährende Abfindung nach Maßgabe des 1714 treffen können.

Wie wir gesehen haben, läßt das BGB. auch die Entstehung von Rechten für künftig zu erzeugende Personen zu. Ein Schutz solcher Rechte durch Bestellung einer Pflegschaft läßt sich auf die Bestimmung des § 1913 begründen. Insbesondere kann, wie der zweite Satz dieses Paragraphen hervorhebt, ein Pfleger zur Wahrung der Rechte eines noch nicht erzeugten Nacherben ernannt werden. Außerdem kann die Anordnung einer Pflegschaft erforderlich werden zur Wahrung der Rechte eines zur Zeit des Erbfalls noch nicht empfangenen Vermächtnisnehmers, wie auch zur Wahrung der sich aus einem

1) Code civil Art. 393; Sächs. BGB. § 1995.
2) § 88, vergl. auch ALR. II 18. § 966.

Vertrage zu Gunsten des noch unerzeugten Dritten ergebenden Rechte, als Pflegschaft für unbekannte Beteilgte.

Die Pflegschaft für den nasciturus endigt kraft Gesetzes[1] mit der Geburt des Kindes. Mit dieser Thatsache setzt die elterliche Gewalt bzw. die Vormundschaft ein. Die Pflegschaft endigt jedoch durch Aufhebung seitens des Vormundschaftsgerichts, wenn der Grund für die Anordnung der Pflegschaft weggefallen ist, z. B. wenn die Schwangerschaft irrtümlich angenommen war, wenn die Schwangere vor der Geburt stirbt oder eine Fehlgeburt eintritt. Entsprechend verhält es sich mit der Beendigung der Pflegschaft zur Wahrung der Rechte erst künftig zu erzeugender Personen.

Die Anordnung der Pflegschaft nach den §§ 1912, 1913 und der Nachlaßpflegschaft nach § 1960, wie die Prüfung des Vorhandenseins ihrer Voraussetzungen ist Sache des Vormundschafts- bezw. Nachlaßgerichtes. Das Gericht hat namentlich zu beurteilen, ob eine Schwangerschaft existiert oder nicht. Bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen hat es die Pflegschaft von Amtswegen anzuordnen. Über die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes enthält das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den §§ 40, 41 und 72 fg. ausführliche Vorschriften.

1) § 1918 Abs. 2.

§ 10.

# Schluß.

Nicht nur im Privatrecht findet der im Werden begriffene Mensch, obwohl er noch nicht rechtsfähig ist, in mannigfacher Weise Berücksichtigung, sondern auch das öffentliche Recht beachtet ihn und trifft für ihn Fürsorge.

Schon im römischen Recht wurde für die Erhaltung des Kindes im Mutterleibe Sorge getragen, weil der Staat durch seine Geburt einen Zuwachs erhält.[1] Deshalb durften schwangere Frauen nicht beerdigt werden, bevor die Frucht von ihnen genommen war.[2] Ferner war es verboten, eine schwangere Verbrecherin mit Tortur zu bedrohen und die Hinrichtung einer solchen Person mußte bis nach ihrer Niederkunft verschoben werden.[3] Unsere Strafprozeßordnung verbietet ebenfalls die Vollstreckung eines Todesurteils an schwangeren Personen durch § 485 Abs. 2. Auch kann die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe wegen des Vorhandenseins eines nasciturus auf Grund des § 487 Abs. 3 StPO. aufgeschoben werden. Das Strafrecht beachtet den nasciturus insofern, als es die Abtreibung und Tötung der Leibesfrucht, als ein

1) Vergl. l. 1 § 15 D. 37,9.
2) l. 2 D. 11,8.
3) l. 3 D. 48,19.

eigenes, an Schwere der Tötung eines lebenden Menschen nachstehendes Verbrechen, mit Strafe bedroht So ist auch für das Strafrecht das Kind im Mutterleibe, obwohl noch nicht Mensch, doch insofern nicht rechtlos, als es gegen verbrecherische Angriffe durch Androhung von Strafen geschützt ist. Anders als das Privatrecht zieht das Strafrecht die Grenze zwischen Embryo und Person. Es schützt den nasciturus schon dann als Menschen, wenn der Geburtsakt noch nicht vollendet ist, denn es ist Kindesmord, wenn die Mutter ihr uneheliches Kind in der Geburt vorsätzlich tötet. Während also für das Privatrecht die Existenz des Menschen erst mit der Vollendung der Geburt beginnt, ist im Sinne des Strafrechts ein Mensch bereits mit dem Beginn der Geburt vorhanden.